

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LES PRINCIPALES IMPERFECTIONS DU CODE PÉNAL

en matière de Crimes et Délits contre les Personnes

(Étude des incriminations en Droit comparé)

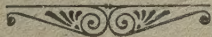
THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 1^{er} Juin 1933

PAR

JEAN KUN

PRÉSIDENT :	M. Huguency	, Professeur.
SUFFRAGANTS :	M. Percerou	, Professeur.
	M. De Vabres	, Professeur.



PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

160, Rue Saint-Jacques

—
1933

*Thèse Paris
1933.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LES PRINCIPALES IMPERFECTIONS DU CODE PÉNAL

en matière de Crimes et Délits contre les Personnes

(Étude des incriminations en Droit comparé)

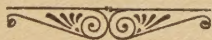
THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 1 Juin 1933

PAR

JEAN KUN

PRÉSIDENT : M.	Huguency	, Professeur.
SUFFRAGANTS : M.	Perceyrou	, Professeur.
M.	De Vabres	Professeur.



PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}
160, Rue Saint-Jacques

—
1933

* 29686.

A MES PARENTS,
qui, les premiers, m'ont appris
à distinguer le bien du mal.



Faire une étude complète, une recherche approfondie de toutes les imperfections du Droit pénal, ce serait une œuvre d'érudit, on pourrait presque dire un travail antelégislatif. Nous n'avons pas la prétention de présenter ici une pareille étude parfaite. Nous voulons simplement indiquer, comme résultat d'un examen des différentes législations européennes et d'outre-mer, les points qui, dans le Code pénal français, demandent à être complétés.

Ce n'est donc pas une réforme pénale que nous voulons envisager. Nous essaierons seulement d'attirer l'attention sur des faits, des actes, qui à l'étranger sont considérés comme constituant des crimes ou des délits, tandis que, dans le Code français, ces mêmes actes restent non incriminés. Puis, nous dirons quelques mots sur des incriminations dont la modification nous paraît souhaitable.

La réforme du Code pénal est sur le chantier ; au moment où nous écrivons cette étude, il n'y a que la partie générale du Code qui soit déjà revue. Nous en ferons donc complètement abstraction. Nous voulons envisager le Droit pénal français, ou mieux, les incriminations de ce droit, telles qu'elles nous étaient présentées au cours de nos études.

En droit, plus qu'en toute autre matière, en étudiant un sujet, il ne suffit pas qu'on aperçoive ce qui y est compris, réglementé, prévu ; encore faut-il se rendre compte de ce qu'il y manque, ce qui y est insuffisant, ce qu'on en a omis, ou même, de ce qu'il y est de trop.

C'est ce que nous essaierons à faire.

Paris, 1933.

INTRODUCTION

« *Non omne quod licet honestum est.* »
(Paulus.)

I

« Les besoins de la vie imposent à l'homme une lutte éternelle. Chacun jette dans le tourbillon de cette lutte toute la force que lui donnent ses qualités, en essayant de s'enraciner le plus profondément possible dans le milieu de la vie, pour se maintenir dans le violent orage du destin, qui abat et détruit ceux qui ne s'y sont point préparés (1). »

Cette lutte pour l'existence doit être enfermée dans des limites, de façon que l'activité de l'un soit compatible avec celle de l'autre. En effet, les tendances différentes, les buts divergents, sinon opposés, les divers facteurs sociaux, amènent des conflits aigus, dès que l'un ou l'autre des intérêts en question dépasse les limites de sa sphère d'action.

Cette limite, comment se détermine-t-elle ? Elle est fixée par les législations positives, qui établissent les droits de l'un en face des droits de l'autre.

Or, la limite d'action est souvent dépassée. Les difficultés de l'existence, la désharmonie aujourd'hui encore assez développée de la vie en commun, ont pour

(1) Pella, V. *Delicte ingâduite*, p. 1.

conséquence l'emploi de moyens souvent illicites, moyens qui, néanmoins, servent pour soutenir une existence menacée. Ces actions illicites doivent certainement être réprimées, pour que le bon ordre social ne soit pas compromis. Mais en est-il toujours ainsi ?

Le plus souvent, bien entendu, le législateur intervient, et, au moyen de la législation civile et surtout pénale, il tâche de mettre un frein aux infractions commises à cet ordre social, en sanctionnant à l'aide de peines plus ou moins idoine le fait de celui qui causa le conflit ; ou bien il apporte des lois préventives, pour empêcher la naissance même de ces conflits.

Or, les systèmes pénaux d'aujourd'hui, bien que déjà très avancés et compliqués, ne suffisent pas toujours pour le maintien de l'harmonie, de la concorde sociale.

Souvent la limite sociale en question est battue en brèche, sans qu'aucun texte, aucune disposition puisse s'y appliquer ; souvent les conflits s'élèvent malgré toute prévention. Et dans ces cas, l'autorité supérieure est impuissante vis-à-vis des faits, impuissante à régler les rapports des différents intérêts qui se confrontent. Néanmoins, la société d'aujourd'hui, avancée et développée, ne peut pas contempler, inactive, ces éléments destructifs, qui agissent dans son intérieur. Elle doit se défendre contre la négligence, l'inadvertance ou le retard de son législateur. Par quel moyen ?

Ce moyen est au-dessus du droit. Et par là, nous arrivons à ce point très important, à savoir : que les rapports sociaux, là où aucun texte ne peut s'appliquer, sont pourtant réglés par une morale supérieure,

par des directives plus hautes. C'est ce qu'on appelle couramment le droit naturel, droit idéal, droit supérieur.

L'homme est un être moral d'abord, et un être social en second lieu. Ces deux qualités doivent se coordonner ; par là, les rapports d'individu à individu, et de collectivité à collectivité seront gouvernés par des mesures s'appuyant sur des prescriptions de la morale supérieure, qui, le cas échéant, viendront à combler les lacunes des règles positives.

C'est donc aux lumières du droit naturel, d'une plus haute morale, qu'il faut envisager la suffisance ou la carence des systèmes de droit pénal d'aujourd'hui. Certes, la morale ne se confond pas avec le droit positif ; ils ont des domaines différents. Les codes ne peuvent pas punir tous les actes immoraux ; d'autre part, ils répriment des faits, qui restent indifférents en morale. Celle-ci doit donc être plutôt un guide pour le législateur, qui doit tâcher de mettre la loi en concordance avec les desiderata éthiques de ces règles supérieures.

Actuellement, l'interdépendance sociale est trop stricte, les rapports de société trop compliqués, pour que les individus puissent faire tout ce que la loi ne leur interdit pas. Partant de ce principe, la règle *Neminem lædit, qui suo jure utitur* n'a plus complètement sa raison d'être, puisque, on l'a vu, les entrechocs seraient trop fréquents et trop violents. La loi ne peut tout prévoir, tout interdire. Elle se développe, pas à pas, avec la société elle-même, elle suit les fluctuations sociales, morales, économiques ou politiques, bref, elle s'adapte à la vie en commun.

Dès lors, c'est ce droit naturel, inné, qui doit montrer la voie de la justice à suivre, dans les cas où la législation écrite serait muette. Et c'est justement en le confrontant avec cette morale première, qu'on peut mettre en relief l'insuffisance ou le retard du *jus scriptum*.

Mais, étant donné que le droit, comme on vient de le dire, se développe et avance continuellement, ses lacunes, elles aussi, ne peuvent être que temporaires. La société, qui procrée son droit, découvre les manquants. Elle les découvre dans le temps, c'est-à-dire elle voit si une ancienne prescription devient anachronique et doit être supprimée ; ou si, au contraire, des nouvelles normes, imprévues et imprévisibles dans les temps antérieurs deviennent nécessaires. Elle les découvre en second lieu dans l'espace, en tant qu'elle observe les supériorités du droit de ses voisins, plus avancés, sur un stade culturel plus développé qu'elle-même, et elle essaie, aux lumières du droit comparé, de corriger les insuffisances de son propre système juridique ; à notre point de vue, de son propre système pénal.

Non pas qu'un droit pénal se distingue dans ses principes même d'un autre. Les bases fondamentales sont, aujourd'hui, presque partout les mêmes — nous entendons parler ici des peuples civilisés ; l'infrastructure des incriminations reste semblable de pays à pays. Mais c'est justement par les différences de détail, par les incriminations plus spécifiques, que nous pourrions constater l'état plus avancé d'une législation vis-à-vis d'une autre.

II

Ici, une réserve s'impose.

Faire une étude comparative de tout le système criminel des différents pays, serait une œuvre qui dépasserait largement les cadres de cette thèse. En effet, la matière de la partie générale, théorique du droit pénal est immense, et il ne nous semble pas opportun d'englober dans cette étude toutes les grandes théories du délit lui-même, de l'intention, de la tentative, de la récidive, de la complicité, du cumul, etc. C'est pour cela que nous nous bornerons à envisager les réalisations pratiques des principes de droit pénal dans les différentes législations, et, conformément à notre visée, à ne rechercher les imperfections du droit criminel que dans sa partie spéciale. Autrement dit, ce que nous voulons faire, c'est une *étude des incriminations*.

Mais à ce point de vue encore, il faut faire une distinction. Il serait difficile, sinon impossible, de comparer les institutions de droit criminel touchant à la sûreté de l'Etat, à la chose publique. Le droit criminel de la communauté, ce qu'on appelle généralement les crimes et délits contre la chose publique, est si étroitement lié à la forme extérieure de l'Etat, aux facteurs politiques, qu'on ne peut guère critiquer sur ce point une législation en la rapprochant à une autre : comment dire que les incriminations établies par un gouvernement fasciste, par exemple, soient supérieures à celles d'un régime soviétique, ou vice-versa ? Comment confronter les dispositions d'un code démocratique avec les crimes et délits prévus dans une monar-

chie despotique ? En cette matière, il y a une telle diversité, conséquence du souci de se maintenir de telle ou telle forme de gouvernement, conséquence aussi d'un opportunisme nécessaire pour l'existence d'une formation supérieure, destinée à conduire un Etat, qu'on ne peut guère songer à comparer les diverses règles respectives. Ce serait en tous cas une étude basée nécessairement sur une subjectivité nationale, ce que nous cherchons à éviter.

Encore, en cette matière des crimes et délits contre les particuliers, il y a un groupe d'incriminations, où les lacunes sont plus fréquentes et plus profondes, et qu'il est donc le plus intéressant d'examiner : c'est le groupe des crimes et délits contre les personnes. C'est ici, que la diversité entre les différents systèmes est plus grande, car ils varient selon les mœurs, selon la situation plus ou moins avancée d'une population sur l'échelle du développement culturel. C'est sur ce terrain qu'on peut vraiment voir, si la législation pénale d'un pays est supérieure ou inférieure à celle d'un autre, si l'on peut trouver des imperfections dans les dispositions d'un code en les rapprochant du droit d'un autre, plus avancé.

C'est donc à ce point de vue que nous nous sommes placé, en faisant cette étude sur « les imperfections du Code pénal en matière de crimes et délits contre les personnes ». Certes, ici même, on trouvera des caractères nationaux ou ethniques inéluctables, qui, peut-être, feront obstacle à l'examen d'une institution à travers celle d'un autre pays; mais néanmoins, nous devons rechercher, le plus objectivement possible, les défauts et tâcher de nous rapprocher ainsi d'un idéal

plus haut : une justice parfaite, conforme à une morale humaine supérieure.

III

Il n'est pas possible, en envisageant, comparant et critiquant les dispositions du droit pénal, d'établir leur valeur *absolue* dans le temps ou dans l'espace. En effet, tout droit, et le droit criminel par excellence, est relatif, conforme aux conceptions morales et sociales, variant selon les divergences ethniques, biologiques et psychiques des peuples dans les différentes époques.

La notion de criminalité varie incessamment. Ce qui est permis aujourd'hui, peut être incriminé demain ; et même, nous voyons que plus un Etat occupe un degré haut sur l'échelle de la culture, et plus son système de répression est compliqué, raffiné, les incriminations multipliées et spécifiées.

La loi primitive de l'homme dicte le droit du plus fort : si je suis plus puissant, je peux bien prendre ce qui est le tien, fût-ce ta vie. L'homme primitif, qui, bien que vivant déjà en société, n'a pas encore son Droit, ne connaît pas la propriété, par exemple. Or, la propriété n'existant pas au sens moderne du mot, le délit de vol, par hypothèse, est inimaginable.

La notion de l'incrimination se développe lentement. Au début, elle n'a pas autant le caractère de rapport d'homme à homme, que celui de rapport des hommes avec les divinités ; le crime est envisagé au point de vue religieux. La notion de « défendu » apparaît d'abord

dans les relations des individus ou de la collectivité avec le ou les Dieux.

Il y a certainement des exemples d'incriminations très intéressantes dans l'histoire des Hébreux, où, bien entendu, les crimes en question sont presque toujours des atteintes aux choses sacrées. Il suffit de rappeler le cas du prophète Jérémie, condamné par les prêtres, pour avoir interprété et publié la volonté de Dieu, pour avoir transmis ses menaces et ordres au peuple, s'étant ainsi arrogé les quasi-prérogatives des lévites. Ou encore, le cas le plus frappant de l'histoire : la condamnation de Jésus-Christ au supplice de la croix. Il est absolument certain que, de nos jours, pareilles incriminations sont presque inimaginables.

(Malheureusement, quelques excès semblables de répression se rencontrent, aujourd'hui encore, dans des pays où les tendances politiques ou socio-économiques se mêlent trop au droit pénal : il suffit de songer au cas assez récent de deux individus condamnés à mort et exécutés en Hongrie, pour avoir fait la propagande d'idées communistes. C'était là certainement une faute dans l'incrimination, non pas de la part du juge, mais de la part du législateur, qui fait rentrer une propagande contraire aux idées politiques dirigeantes dans le crime d'agitation anticonstitutionnelle.)

Un autre cas d'incrimination chez les anciens, qui, sûrement, serait contraire aux conceptions et aux mœurs actuelles, on le trouve dans la Grèce classique. C'est le cas de Socrate, le plus grand philosophe de tous les temps. Socrate fut condamné pour avoir corrompu la jeunesse, — et cet exemple montre mieux

que nul autre la relativité de l'idée qu'on se fait du crime.

Les premiers maîtres du droit, les Romains ont déjà, certes, leur système criminel assez perfectionné. Et, pourtant, nous voyons qu'un texte de loi, *les XII Tables*, permet, au début, aux créanciers de se partager le corps même de leur débiteur insolvable ; crime évidemment brutal et barbare, qu'on n'hésiterait pas aujourd'hui à qualifier d'assassinat.

Plus tard, décidément, les mœurs s'adoucissent, elles s'opposent à ce que cette loi soit appliquée dans toute sa rigueur, et, peu à peu, on arrive à incriminer un fait qui commençait par être permis par un texte légal.

Le Christianisme, qui se développe sous le Bas-Empire, apporte des changements notables dans tout le droit criminel. Les idées chrétiennes adoucissent la répression, mais, par contre, elles élargissent le domaine des incriminations, surtout de celles qui se rapportent aux liens entre les individus et l'Eglise (hérésie, etc.).

Ainsi, peu à peu, les systèmes d'incrimination se développent. On commence à distinguer les crimes ou délits se rapportant à la chose publique, — au roi, au seigneur, aux choses sacrées, — et ces notions servent alors à supprimer la vengeance privée, qui désormais sera remplacée par la répression émanant du pouvoir central. Par là, une séparation entre ces crimes et délits, et ceux qui visent les particuliers, — et qui, au moyen âge encore, restent sous l'empire de la poursuite privée, — s'ébauche.

Par le développement de la vie économique et cul-

turelle, on arrive à spécifier les incriminations, à les appliquer plus strictement à certains faits, à différencier ainsi les infractions qui pourraient se ramener au même point de départ.

Une démonstration frappante en est, par exemple, le développement qu'a subi la notion du vol. Chez les Romains, il n'existe qu'une seule incrimination : celui qui s'approprie injustement la chose d'autrui, c'est le « fur ». Et c'est tout. Aujourd'hui ? Il suffit de jeter un coup d'œil sur le Code pénal, pour voir tout le *groupe* de délits, qui tiennent leur origine du vol : le vol proprement dit, tout d'abord, puis l'escroquerie, l'abus de confiance, la filouterie d'aliments, le détournement, etc., etc. Et encore ceux, dont le Code ne parle pas : vol de gaz ou d'électricité, par exemple.

Par la complication incessante de la vie moderne, par le progrès de la technique, nous voyons ainsi naître presque continuellement des délits, auxquels on ne pouvait même pas songer jadis. Il suffit de mentionner, comme type, les délits de presse, inimaginables avant l'expansion formidable du journalisme.

D'autre part, et à l'inverse, nous constatons que des crimes tombent en désuétude, presque ou tout à fait : ainsi, le crime de contrefaçon des sceaux d'Etat, dont le dernier cas, relevé par Garçon (au *Code pénal annoté*) date de 1335 ; ainsi, la castration, crime extrêmement rare dans une société civilisée.

Au contraire, il y a des crimes qui se développent malheureusement trop vite, et pour lesquels, de jour en jour presque, de nouvelles incriminations paraissent nécessaires : traite des femmes, escroquerie, par exemple.

En somme, il ressort de ces quelques explications, que la notion de crime est extrêmement élastique et variable.

Variable dans le temps, car ce qui constitue un crime aujourd'hui, peut devenir un héroïsme demain (il n'y a qu'à comparer le temps de paix avec le temps de guerre) ; variable d'un pays à l'autre, car permis ici, un fait peut être incriminé là, et les exemples sont nombreux : l'inceste, impuni en France, est réprimé dans tous les pays de l'Europe centrale ; la bigamie, encore permise dans plusieurs pays de l'Asie, est punie en Europe ; l'avortement, qui est libre en Russie soviétique, est réprimé presque partout ailleurs, etc.

D'où il y a une conclusion à tirer. Si nous étudions les imperfections ou les insuffisances d'une certaine législation criminelle, il faut les considérer en rapport avec les mœurs, la civilisation, la culture de ce pays. Et avant de déclarer si c'est bien ou mal, il faut juger si, au milieu des circonstances et des facteurs donnés, cela pouvait être autrement et mieux. Si, avec d'autres mots, une réforme est *souhaitable*, et si elle est compatible avec les courants et influences multiples, qui déterminent l'existence et le fonctionnement d'un peuple et d'un pays.

IV

En constatant les défauts du droit pénal moderne, nous arrivons indirectement à observer qu'il y a dans les systèmes actuels toute une série de délits impunis, que l'on peut appeler, selon l'expression de M. Pella, des « délits permis ».

Bien entendu, on ne peut pas parler ici des innombrables petites infractions quotidiennes, qui sont inévitables, étant donné que chaque personne cherche à se procurer un avantage, et qu'à cet avantage doit correspondre un désavantage pour une autre. Désavantage qui se traduit souvent par une atteinte à sa personne ou à ses biens.

Les « délits permis » sont néanmoins en conflit avec des règles morales, des lois sociales, qui se forment dans le sein de la société. Ainsi, la loi du conformisme et de l'élimination des non conformes (1). Nous souvent témoins de faits qui ne sont point en harmonie avec l'éthique du milieu dans lequel ils sont perpétrés, et pourtant, ils échappent à la répression pénale. En dépit de cela, les auteurs de ces faits, bien que libres, non poursuivis par l'autorité publique, seront pourtant atteints par suite de la force d'élimination des éléments hétérogènes, force née dans toute société et représentée par l'opinion publique.

Mais, pour qu'un fait soit qualifiable de délit, pour que l'on puisse en demander la répression, plusieurs conditions sont à remplir.

Ainsi, pour être puni, un acte doit être un péril pour la société ; il faut qu'il soit contraire au développement des individus, contraire à la bonne progression des conceptions morales ou sociologiques.

Si donc un délit, impuni par la loi positive, est qualifié comme tel, il le sera par l'opinion publique. Le législateur tiendra compte de cette opinion publique pour incriminer certains faits. Mais elle le devance,

(1) Pella, *op. cit.*, p. 17.

et elle lui indiquera ces actes, qui, encore permis, doivent être sujets à répression. Pour cela les faits, qui ainsi s'éloignent des principes de la morale élémentaire, ne peuvent être qualifiés que des *délits* permis ; le défaut de sanction légale ne leur ôte point le caractère délictueux. La peine n'est pas encore positivement prévue ; mais plus la société, et donc son droit, se développe, et plus les lacunes seront comblées. Jusque-là, c'est à la société elle-même de découvrir ces actes commis en abusant des insuffisances de la loi. Le législateur doit, ensuite, tenir compte des desiderata des mœurs publiques, et tâcher, par des moyens opportuns, de ne plus être impuissant vis-à-vis des immoralités et des délits, qui, malheureusement, sont et resteront inhérents à la nature du genre humain.

PLAN

Nous diviserons l'étude des imperfections du Code pénal en trois parties.

Dans la première, nous allons envisager les crimes et délits qui ne sont point incriminés dans la législation française, mais qui, au contraire, le sont dans des systèmes étrangers. Ces infractions, on peut les grouper en deux classes : 1^o Les crimes et délits contre la personne, et 2^o les crimes et délits contre la morale. C'est la division qui nous paraît la plus opportune, étant donné le caractère ambigu de plusieurs des faits en question.

Ensuite, dans une deuxième partie, nous allons étudier les lacunes inhérentes aux dispositions du Code pénal français, également aux lumières du droit comparé. Ici, nous parlerons des crimes et délits qui, bien que prévus dans le code, le sont d'une façon incomplète ou imparfaite.

Enfin, la troisième partie sera consacrée à des incriminations critiquables. Contrairement aux deux premières parties, dans lesquelles ce sont les manquants du Code qui vont être examinés, dans celle-ci nous exposerons des opinions qui considèrent que certaines de ses incriminations sont trop larges ou même superflues.

PREMIÈRE PARTIE

LES CRIMES ET DÉLITS NON PRÉVUS PAR LA LOI FRANÇAISE

Le Code pénal français, en vigueur aujourd'hui, date de 1810. Date bien ancienne en effet, surtout si l'on jette un coup d'œil sur les législations pénales d'autres pays : Russie 1926, Chine 1928, Espagne (1), Yougoslavie 1929, Italie 1931, Pologne 1932, Danemark 1933. Il est absolument certain que, depuis le début du XIX^e siècle, toutes les conceptions du droit pénal, tous les systèmes ont subi un grand changement. Les mœurs changèrent beaucoup, au cours d'un siècle, et, plus que jamais, par suite de la guerre mondiale, la face du monde s'est modifiée. Bien entendu, des lois ultérieures sont survenues, qui ont tâché de remédier de temps en temps aux anachronismes du vieux Code. Mais dans ses grandes lignes, celui-ci reste pourtant l'œuvre de la Révolution. Il porte les empreintes de ce temps ; il en a les caractères.

D'où cette conséquence logique et naturelle, que nous trouvons dans le droit pénal français des lacunes qui s'expliquent justement par l'origine de la législation. D'une part, des crimes restent non incriminés, étant donné que le législateur d'antan n'a pas trouvé opportun de les réprimer ; d'autres ne pouvaient même

(1) Voir note 1, p. 36.

pas l'être, n'étant qu'une conséquence, qu'un résultat de découvertes ou d'idées nouvelles.

Les temps nouveaux ont formulé de nouveaux postulats. Le droit doit se renouveler. C'est justement cette idée, qui a conduit les milieux juridiques à élaborer un projet de réforme du Code pénal. Ce projet est actuellement en préparation sous la conduite bien compétente de M. le procureur général Matter, et nous voulons espérer que la réforme, une fois réalisée, comblera utilement les lacunes qui se présentent aujourd'hui encore.

CHAPITRE PREMIER

Crimes et Délits contre la Personne.

Dans ce chapitre nous allons envisager successivement quelques crimes ou délits, et les infractions annexes, que la loi française ne prévoit, et donc ne punit pas. Tels sont :

- 1^o Le suicide ;
- 2^o Le duel ;
- 3^o Le rapt (l'enlèvement) de majeurs ;
- 4^o L'esclavage ;
- 5^o La contrainte, et
- 6^o La contagion vénérienne.

Nous les examinerons l'un après l'autre.

1. — LE SUICIDE

Le suicide, tout particulièrement fréquent depuis la grande guerre, est une sorte de mal, qui sévit parmi les hommes. C'est une *ultima ratio*, de ceux qui ne trouvent pas une autre issue pour échapper aux difficultés, dans lesquelles la vie les a mis.

Misère, embarras de fortune, chagrins de famille, amour contrarié, jalousie, débauche ; alcoolisme, craintes de poursuites, souffrances physiques ou mentales, voilà les circonstances qui poussent les individus à

fuir devant les charges, devoirs ou souffrances qui leur sont imposés.

L'homme a-t-il le droit de disposer librement de sa propre vie ? Voici la question bien ancienne et bien discutée.

Certes, nous avons pleine propriété, si l'on peut s'exprimer ainsi, sur notre personne, et c'est pour cela que la loi nous donne les moyens pour en défendre l'intégrité physique ou morale. Mais ce droit de propriété, — un peu spécial, — nous donne-t-il le *jus abutendi* ?

Les opinions sont divisées. Le grand penseur, Rousseau, nous dit : « Le suicide est une mort furtive et honteuse ; c'est un vol fait au genre humain. » Aujourd'hui encore, cette conception n'est point abandonnée par tous. Beaucoup de criminalistes estiment, que le suicide, bien qu'exécuté sur la propre personne, reste un homicide. Notre corps nous appartient, c'est évident ; mais nous ne pouvons pas disposer en pleine liberté de notre vie. La vie est toujours la même chose, qu'elle soit celle d'un autre individu ou la nôtre. C'est la nature qui la donne, et à elle de l'enlever.

L'homme est fait pour vivre, et pour défendre son existence, non pour la détruire. Il est prédestiné de prendre sa place et sa part de travail dans la société, et il serait, par suite, inacceptable qu'il s'y soustraie. Donc, la personne qui essaie d'ôter sa vie, commet un double délit : contre la nature, tout d'abord ; contre la société, en second lieu. De là l'idée que le suicide devrait être puni.

Les Romains avaient une conception contraire du

suicide. *Mori licet, cui vivere non placet*, disaient-ils, et par là il est clair que jamais une personne n'était incriminée pour des délits envers soi-même. Ce n'est donc que depuis qu'on envisage le suicide comme un délit contre la société, que la question se pose.

Evidemment, quand l'homme fut maître absolu, non seulement de lui-même, mais d'autres (il suffit à songer à l'esclavage, à la *patria potestas* ancienne), quand il avait le *droit* de prendre la vie d'une autre personne, il ne pouvait y avoir aucun doute qu'il fût libre de déterminer son propre sort. Mais aujourd'hui, les hommes vivent dans une interdépendance étroite. Chaque individu fait partie du tout. Peut-il s'en défaire ? Et dans ce cas, la société a-t-elle le droit ou le devoir de réprimer cette insoumission ?

En dehors de ses obligations générales de collaboration sociale, l'homme peut encore avoir des devoirs légaux, prévus par des textes positifs. Le rôle de chaque personne contient aussi le devoir de procréation, de perpétuation de la race, par exemple. L'homme vit en famille. Or, cette vie en famille, lui impose des obligations multiples. Est-il acceptable, qu'un individu puisse, par sa propre volonté, se dérober aux devoirs, qu'il trouve peut-être lourds ? Question discutable.

A notre sens, le suicide en soi ne doit pas être incriminé.

Evidemment, il ne peut être question que de la tentative de suicide. Le suicide une fois consommé, peu importe, s'il est réprimé ou non, à moins qu'on croie à la répression divine, chose un peu subtile dans notre époque de réalisme. On ne s'imaginerait plus aujourd'hui, tel en l'ancien droit, de faire exécuter

un cadavre (1), et la personnalité des peines, aujourd'hui universellement reconnue, ne permet pas d'atteindre les héritiers.

Anciennement, le suicide même était puni. Le Concile de Prague (536), énonce le principe, en interdisant toute « commémoration dans le saint sacrifice de la messe et le chant des psaumes » lors de la mise en tombeau du corps. Les nobles suicidés, dans l'ancienne France, encouraient des déchéances, et on confisquait leur fortune. Même répression en Angleterre. L'ancien droit russe annulait le testament du suicidé.

Le suicide était donc universellement réprimé.

Durkheim (2) l'explique, en développant le principe que l'homme, la personne humaine, est devenue, dans la société chrétienne, quelque chose de plus digne, ce qui la met au-dessus d'elle-même et de la société ; un attentat dirigé contre elle est une sorte de sacrilège ; peu importe si le coup vient d'une main ou d'une autre, fût-ce la propre main.

Il n'en est pas tout à fait de même aujourd'hui. Le caractère illicite du suicide s'est transposé dans le domaine de la morale, pour disparaître de celui de la législation positive. Le droit moderne est plus rationaliste ; il ne cherche pas à atteindre quelqu'un au-delà de la tombe.

C'est donc la tentative de suicide, le suicide non réussi, qui doit être envisagé comme objet de la discussion.

Et voilà les arguments qui, à notre sens, indiquent

(1) Garraud, *Traité de droit pénal*, vol. I p. 186.

(2) Durkheim, *Le suicide*, p. 378-379.

l'inutilité de la répression : Si la tentative réussit, comme nous venons de le montrer, il n'y a pas lieu de punir. Si non, la société n'a rien perdu, puisque ce « vol au genre humain » n'est pas commis. De plus, psychologiquement, un suicide non réussi est une expiation assez cruelle pour l'individu, et la société n'a pas le devoir de l'alourdir encore.

D'autre part, il y a des criminalistes qui soutiennent, que celui qui tente un suicide a dépassé les limites de la responsabilité. N'ayant plus une liberté morale, sa culpabilité n'existe pas. Ceci est admissible, mais ce n'est pas toujours exact. Un suicide n'est pas nécessairement un acte déséquilibré ; mais presque toujours, c'est une action mue par le désespoir, qui ne mérite pas d'être réprimée.

En jetant un regard sur les différentes législations actuelles, c'est très généralement cette deuxième opinion qui prévaut.

Il n'y a que le Common law anglais et quelques Codes des Etats particuliers des Etats-Unis qui prévoient la répression d'une tentative de suicide manquée : ainsi, le Code de Canada, art. 270 ; le Code de Dakota (South), art. 230.

On peut avoir d'ailleurs des doutes sur l'efficacité de l'incrimination. Les circonstances extérieures, surtout économiques, agissent aujourd'hui très fortement, en poussant les individus au suicide. A tel point que l'opinion publique voit dans ce fait plutôt un malheur, qu'un crime sujet à répression.

Après tout cela, au juste, le défaut d'incrimination de la tentative du suicide est-il une lacune du Code français ? Il ne nous paraît pas qu'il le soit.

*
* *

Mais voici l'autre aspect de la question qui se pose. Si l'on ne doit point punir celui qui se suicide, la loi pénale ne doit-elle pas, au moins, atteindre celui qui *incite ou aide* un autre à commettre un suicide ?

Ici, le problème change complètement de nature.

Nous ne sommes plus en présence d'un droit de disposer de soi-même. Il ne s'agit plus simplement de quelqu'un qui veut échapper aux malheurs de la vie. Ici, il y a plus : nous sommes en présence d'une personne peut-être intéressée à la mort d'une autre, et qui incite cette autre personne à se tuer. Ici, sans doute, nous sommes en face d'un crime. L'impunité de la provocation au suicide peut devenir un danger social. Il n'y a qu'à songer à un individu qui a une certaine influence sur un autre. Au lieu de le tuer, il préfère d'exploiter le désarroi éventuel dans lequel celui-ci se trouve, il préfère de l'inciter, par des moyens moraux ou psychologiques, dont il est en possession, de se suicider. Qu'arrivera-t-il ? Le mort ne peut plus être puni. Le vivant est innocent, il n'a pas commis d'homicide, bien qu'il ait tué quelqu'un. Ce fait est inadmissible.

Un exemple caractéristique en est le « duel à l'américaine » (celui qui va tirer la boule noire, devra se suicider). Ici l'abus, le crime, est évident, et ce qui aggrave le cas, c'est que se sera justement la morale et l'honneur, dans le signe desquels l'un pourra contraindre l'autre au suicide. Ce cas spécial est d'ailleurs prévu et réprimé au Code pénal hongrois, art. 283 : « Si deux personnes conviennent, que c'est le destin

« qui indiquera celle des deux qui devra se suicider, « toutes les deux personnes seront punies de... si la « mort n'en est pas résultée. Si l'une d'elles est morte, « le survivant sera puni de ... ». De même, le récent Code de l'Esthonie, de 1929, incrimine le duel américain (art. 450).

De plus encore, si, par exemple, un individu assiste ou aide le suicide d'un autre. N'est-ce pas un assassinat ? Ce n'est qu'une question de nuance, nuance qui échappait au législateur français, nuance qui finit par permettre un assassinat déguisé sous la forme de suicide.

La loi pénale ne peut point se désintéresser de cela. Elle doit atteindre et châtier celui qui attente à la vie de son prochain, sous quelle forme que ce soit. La provocation et l'aide au suicide doivent être incriminées, et voilà ce qui est une lacune injuste et profonde dans le droit français. Les nouvelles législations étrangères ont, elles, bien envisagé cette question. Mêmes les codes qui ne punissent point la tentative de suicide, incriminent particulièrement la provocation, l'incitation ou l'aide apportée à ce fait. D'un bout du monde à l'autre, le Code de Louisiane, comme le premier en date (art. 548), le Code pénal brésilien, art. 196, le projet argentin, art. 87, le Code canadien, art. 289, le Code japonais, art. 202, chinois, art. 290, punissent ce délit, et nous retrouvons l'incrimination également dans tous les codes de l'Europe : le nouveau Code de l'Italie, art. 580 ; le Code Saldana, en Espagne, art. 517 ; le Code turc de Kemal, art. 454 (1927) ; le Code de la Yougoslavie, art. 169 ; le projet de Code allemand, art. 248. Le Code hongrois prévoit de même

ce délit. Dans le nouveau Code de la Russie soviétique — où, pourtant, il semble que la vie humaine ne soit pas considérée comme de très grande valeur — la provocation au suicide est prévue. Enfin, le Code américain de Dakota contient toute une section de dispositions sur la provocation au suicide (art. 232-240).

Le droit anglais — le common law — incrimine et punit même la provocation *non suivie* de suicide : c'est un délit (misdemeanour), tandis que la provocation fructueuse est un crime, et elle est assimilée à l'assassinat.

Dans le même sens, le Code italien punit l'instigation, même si la mort n'advenait pas, pourvu que des lésions graves fussent occasionnées.

Le projet suisse, art. 102, ne punit l'aide et l'incitation au suicide, que si elle est perpétrée par des motifs égoïstes. (On voit ici une consécration de la doctrine néo-classique, du point de vue subjectif.)

Et ce n'est pas tout. Nous trouvons même des dispositions beaucoup plus spéciales, qui toutes nous attestent le souci du législateur de prévoir et, si possible, éviter ce fléau social. La plus curieuse, et au point de vue pénal la plus intéressante, est la disposition du nouveau Code pénal soviétique, qui prévoit le cas suivant : si une personne, par de mauvais traitements ou défaut de soins, conduit au suicide une autre personne légalement placée sous sa surveillance, elle sera condamnée comme provoquant ou aidant le suicide. Disposition utile et clairvoyante, qui consacre parfaitement le principe : *qui in illicita re versatur, tenetur etiam pro casu* ! Et dans le même sens, le projet allemand, art. 314.

La provocation et l'aide au suicide doivent donc être incriminées et punies, non comme complicité, — puisque, dans le système français de la criminalité d'emprunt, le fait principal n'étant pas puni, le complice ne pourrait non plus être atteint, — mais comme crime spécial et indépendant.

La Cour de cassation française est en voie d'admettre ce principe, surtout par analogie avec l'homicide sur demande, qu'elle n'hésite pas à réprimer (1).

Voilà donc la première lacune à combler.

2. — LE DUEL.

Nous arrivons à un autre fait qui, bien que pouvant être compris dans les qualifications d'assassinat, de meurtre, de coups et blessures volontaires, n'est point incriminé en soi-même dans le Code français : le duel. Et de plus, quoi qu'il puisse rentrer dans un groupe ou dans l'autre, on ne verra pas trop souvent condamner un duelliste : « question d'honneur », dit-on.

Le Code pénal est muet. Le rapporteur du projet, Montseignat, estimait, comme nous venons de le dire, que le duel rentre dans d'autres incriminations. Mais Merlin déclare ces dispositions inapplicables. Et bien que la jurisprudence française se rattachât à la première solution, c'est une lacune indiscutable dans notre législation.

En effet, avec cette façon de voir, le duel ne sera

(1) Nous nous occuperons de la question de l'homicide sur demande à propos de l'homicide (2^e partie).

pas encore incriminé. Ce n'est que ses résultats : blessures, éventuellement mort, qui tomberont sous le coup de la loi pénale. L'infraction même reste en dehors de toute répression.

Il y a une argumentation de défense : le duel, c'est une question d'honneur, tout comme le jeu ou le pari. Egalité des parties plus ou moins grande — aléa — base conventionnelle. La loi se désintéresse du pari, elle ne le poursuit pas ; pourquoi en ferait-elle autrement pour le duel ? Nul ne soutient que celui qui gagne dans un pari, soit un voleur ; pourquoi qualifier meurtrier celui qui reste vainqueur dans le duel ?

Cette argumentation est quelque peu spécifique. Tout d'abord, notre système pénal n'accepte pas, en matière d'homicide, le consentement de la victime comme excuse : donc pas de convention. Car si l'on ne *vole* pas ce que je donne, on ne peut pas dire de même qu'on ne me *tue* point si j'y consens. Puis, en second lieu, le fait de gagner dans un jeu, ne constitue pas un acte contraire à la paix publique, à l'ordre moral de la société (à moins que ce ne soit par escroquerie, mais dans ce cas, de suite, la loi pénale atteint le coupable) ; tout au contraire, le duel est une atteinte à la sécurité publique, au bon ordre social. C'est un élément de destruction qui, non réprimé ni prévenu, peut avoir pour conséquence des troubles plus ou moins sérieux.

Même au point de vue juridique pur, le duel doit être condamné. Les principes de droit, qui nous régissent aujourd'hui, déclarent que « nul ne doit se faire justice à soi-même. » Or, le duel est exactement cette justice à soi-même ; c'est une survivance de la ven-

geance privée, une loi primitive inadmissible aujourd'hui : tu prends mon honneur, je prends ta vie ! Depuis des siècles, l'autorité supérieure, l'Etat, s'est réservé le droit de châtier ; et dès lors, cette exception n'est nullement justifiée. « Une telle préposition de la force privée, dit Rocco, ne peut être tolérée que par les temps d'individualisme effréné et anarchique. »

Mais si le législateur veut éviter ou prévenir le duel, c'est en premier lieu la provocation qu'il faut atteindre. Nous entendons par là la provocation directe, le fait de celui qui prend l'initiative du duel et non pas l'injure qui sert de base au combat. En effet, le coupable de ce crime est celui qui provoque le duel. Les mœurs de notre société actuelle, les conceptions qui se sont formées sur l'honneur, ne permettent pas de ne pas accepter un défi. Refuser un duel d'honneur, cela est probablement se sauver la vie, mais cela est aussi, certainement, la mise en jeu, ou mieux, la perte de tout prestige. C'est donc au fond même des choses qu'il faut pénétrer : la peine à prévoir pour le duel ne doit pas être faite pour châtier celui qui se bat ; mais pour empêcher les provocations.

Par contre, si le législateur veut interdire cette justice privée, il faut, indispensablement, qu'une justice publique, bonne et équitable, soit prévue pour les injures, calomnies et diffamations. Il n'est que naturel, que là où l'honneur des personnes n'est point ou est insuffisamment protégé et défendu par l'autorité publique, c'est aux particuliers lésés de se protéger eux-mêmes.

La conception du duel, dans le temps, a bien changé.

En France, le duel, partant du principe de la justice

privée seigneuriale, a pris un développement considérable, surtout pendant le ^{xvi}^e et le ^{xvii}^e siècle. On se battait jour et nuit, dans les lieux privés ou publics. La répression, trop sévère, n'a pas pu empêcher de sévir cette façon d'agir, le duel étant trop profondément entré dans les mœurs de ces temps. Louis XIV, dans l'ordonnance de 1679, essaya de le prévenir, mais sans grande efficacité. Le duel fut, d'ailleurs, un privilège de classe : c'étaient surtout les nobles qui se battaient.

La Révolution, comme nous l'avons indiqué, n'incrimina pas le duel, et cela justement à cause de l'abolition de toute sorte de privilèges. On « ne fit pas l'honneur au duel de le mentionner » dans les Codes. On a vu que la Cour de cassation a ressenti ensuite le besoin de l'incriminer indirectement.

D'ailleurs, la raison d'être de l'incrimination du duel n'était pas toujours reconnue. Encore Kant nous dit que le duel est utile, pour qu'une personne puisse, au besoin, prouver son *courage*, car c'est sur cela que l'ordre et la sécurité de l'Etat sont basés, (Cela se rapporte surtout à l'Allemagne, où, aujourd'hui même, l'une des « vertus » de la jeunesse consiste à s'être battu le plus souvent possible. Il y a là certainement un grand abus, parce que ces duels sont sérieux et les blessures graves ne sont point rares.)

Certes, en général, de nos jours, le duel tombe de plus en plus en désuétude. Après la grande guerre surtout, où les hommes ont assez souffert pour ne pas continuer à se faire blesser par plaisir. Néanmoins, le duel doit avoir sa place dans le Code pénal, comme les autres crimes ou délits.

Il suffit de regarder autour de nous.

Presque toutes les législations étrangères consacrent aujourd'hui des dispositions au duel, avec des différences de détail, bien entendu : Code hongrois, art. 293-300 ; espagnol, 543 ; le nouveau projet allemand (1927), art. 270-274 ; argentin, art. 100-106 ; les Codes américains (Canada, etc.) ; le récent Code esthonien, chap. XXIV, etc.

Un exemple frappant, qui montre que le duel doit être incriminé, est donné par le Code pénal roumain, de 1865, qui, bien que suivant article par article les dispositions du Code pénal français, prévoit néanmoins le duel dans ses articles 258 à 261.

Le Code italien prévoit le duel sous le titre « de la vengeance (justice) privée arbitraire » (art. 394-401). Après avoir énoncé la défense de se faire raison à soi-même, sans recourir au juge, il incrimine la provocation au duel, et le duel et ses conséquences dans tous les détails.

Le projet allemand, minutieux, précise dans son article 270, que l'incrimination ne vise que le duel commis au moyen d'armes, dans des questions d'honneur. Donc, en sont exclus, par là même, toutes les manifestations, tous les combats sportifs, comme la lutte, la boxe, etc. Par contre, dans le Code de Canada (1917), nous trouvons une série d'articles (104 à 108) interdisant les combats pugillistiques.

Le plus généralement, les Codes ne se contentent pas d'incriminer le duel en soi, mais également la provocation au duel : Allemagne, art. 271 du projet ; Code hongrois, art. 293 ; Code italien, art. 594-595. De plus,

le Code espagnol de Saldana ne punissait (1) que la provocation (art. 543).

Les Codes hongrois, allemand, roumain, italien et américains punissent non seulement la provocation, faite par la partie, mais même l'incitation par des tiers.

Les mêmes législations prévoient l'application de la peine de droit commun, du meurtre ou des coups et blessures (peines plus sévères), dans les cas où « l'un des duellistes n'a pas observé les règles habituelles ou conventionnelles du combat » (Code hongrois, art. 299 ; allem., art. 273 ; roum., art. 260 ; ital., art. 397-1^o). Ce dernier Code y assimile l'emploi d'armes non usuelles ou inégales, ou la condition, prévue d'avance, de la mort d'un des duellistes.

Le législateur hongrois (2) a cru devoir atteindre et punir tout ce qui peut aider le duel : les témoins, qui empêchent la réconciliation des parties, seront passibles des peines du duel. D'autre part, ce même code établit toute une échelle de délits relatifs au duel. Est incriminé et poursuivi, de plus en plus sévèrement : 1^o celui, qui provoque le duel ; 2^o celui qui s'apprête, armé, au combat (art. 296) ; 3^o celui qui blesse son adversaire (art. 298) ; 4^o celui qui lui donne la mort.

De plus, le législateur italien incrimine et réprime de peines aggravées, le fait d'un tiers désintéressé de

(1) Nous disons « punissait » parce que, depuis la révolution de 1931, il n'est plus en vigueur. Mais nous l'avons choisi comme type de la législation pénale espagnole, parce que le plus récent.

(2) Le Code hongrois est très détaillé et précis dans ses dispositions relatives au duel, par suite de l'extrême fréquence, encore aux XIX^e et XX^e siècles, des combats pour des injures dérisoires.

se battre pour l'une des parties (sauf en cas de proche parenté), art. 399.

Nous avons parlé plus haut de cette contrainte morale, qui oblige une personne provoquée d'accepter le défi et de répondre au moyen des armes. Habitude malheureuse et en son principe, et dans ses conséquences. Voilà pourquoi les législateurs se mettent à incriminer la provocation au duel. Mais voici plus : une disposition qu'il faudrait introduire dans toute législation, qui veut avoir le droit de s'appeler moderne. C'est la disposition du Code italien, art. 400, du Code hollandais, art. 153 : « Sera puni de... celui qui en public, ou en présence d'une tierce personne, fera des reproches à quelqu'un ou le tournera en dérision pour le fait de ne pas avoir été provoqué au duel ou d'*avoir refusé* une provocation. » De même, le Code hongrois, art. 295 : « Sera puni celui qui menace de sa méprise quelqu'un, pour *ne pas avoir provoqué* un autre ou ne pas avoir accepté la provocation... » Cf. projet allemand, art. 274.

Pour en finir avec le duel, il faut remarquer que toutes ces dispositions ne s'appliquent point au « duel américain », qui rentre plutôt, comme nous l'avons montré, dans la qualification de suicide et provocation au suicide.

Voilà donc une série d'incriminations, relatives au duel, qu'on ne peut point faire rentrer dans le délit de coups et blessures ou de meurtre. L'utilité de l'incrimination indépendante est donc évidente. Ce qui le prouve encore, c'est que, depuis l'apparition du Code pénal, il y a eu une bonne vingtaine de projets tendant à la réintroduction de l'incrimination du duel. Ces

projets n'ont pas abouti. C'est donc une seconde lacune à combler.

Continuons.

3. — LE RAPT (L'ENLÈVEMENT) DE MAJEURS.

Le Code pénal français ne punit que l'enlèvement des mineurs (art. 345, 354) d'une part, et de l'autre, dans les articles 355 à 357, le fait que les législations étrangères qualifient séduction ; ici encore, uniquement lorsqu'il s'agit d'une fille mineure. Nulle part, le Code ne prévoit l'enlèvement de majeurs, ce que les Codes étrangers appellent : Menschenraub, Ratto, Kidnapping, etc. Et néanmoins, ce délit n'est pas inconnu de nos jours. Pourquoi donc cette lacune dans le Code ?

Les anciennes législations distinguaient l'enlèvement de personnes et le rapt proprement dit. Ainsi, l'ancien droit allemand, comprenait sous l'incrimination du « Menschenraub » (vol d'homme), le crime qui consistait à se rendre maître d'une personne par violence ou par ruse, soit pour l'exposer et la délaissier, soit pour la faire enrôler à l'étranger, etc. Le Code pénal français a passé sous silence ce fait. Celui qui, en France, commettrait un attentat de cette espèce, sera puni comme coupable d'arrestation illégale et de séquestration de personnes (art. 341 à 344). Ceci est l'avis de M. Garraud (1). Mais cette

(1) Garraud, *op. cit.*, t. V, p. 697.

explication n'est pas complète et satisfaisante, bien que Garraud considère cette incrimination comme « aujourd'hui imaginaire ».

En effet, voilà le cas qui peut se produire :

Supposons un déserteur, un individu poursuivi pour crime politique, réfugié en France. En matière de crimes et délits politiques, l'extradition ne joue pas. Or, des individus, du service de l'Etat intéressé, réussissent, par des moyens frauduleux, ou par ruse, à l'amener à la frontière de cet Etat, où le réfugié sera pris et arrêté.

Il est évident qu'il n'y avait là ni arrestation illégale, ni séquestration ; il n'y avait peut-être même pas violence. Ces individus sont donc coupables d'enlèvement de majeur, mais par suite de la non-incrimination de ce fait par la loi française, ils réussissent à passer par les mailles de notre répression pénale.

L'incrimination ne serait donc pas forcément « imaginaire ». Le fait qu'un délit est plus rare, ne justifie point le défaut de répression.

D'autre part, si le Code prévoit le rapt d'une fille mineure, il a oublié d'incriminer celui d'une femme majeure.

Evidemment, nous avons l'article 334-3^o, qui punit le détournement, l'entraînement et l'embauchage des femmes ou filles majeures, mais ici il ne s'agit que de l'enlèvement en vue de la débauche ; or, il est imaginable que la femme ravie ne soit pas livrée à la prostitution. Il est vrai qu'on pourra presque toujours incriminer l'acte en le qualifiant de viol, attentat à la pudeur, etc., mais une incrimination spéciale ne serait point inutile. Le système du législateur ne doit pas

être de laisser se débrouiller le juge, surtout dans les questions d'une pareille délicatesse.

Le rapt est, historiquement, incriminé déjà dans la législation justinienne (il s'agit de rapt de femmes). Le droit canonique, dans l'ancienne France, le considère comme un empêchement au mariage ; plus tard, le rapt de séduction est puni de mort (par suite du concile de Trente, (1563), ordonnance de 1579). La conception de l'enlèvement de personnes majeures reste incertaine, avant et après la Révolution française. Il y a des incriminations indirectes plus ou moins idoines, comme la détention illégale, violences, voies de fait. Mais une législation unitaire, cohérente, ne s'est pas encore fait jour.

Il n'en est pas ainsi dans les législations étrangères. Presque tous les Codes modernes visent, sinon l'enlèvement des personnes en général, du moins celui des femmes majeures.

Dans le droit pénal allemand, le Code de 1870 prévoyait l'enlèvement d'hommes (*Menschenraub*), art. 234. La disposition est ici de deux sens : d'une part, surtout dans la forme, elle vise l'enlèvement de personnes ; mais, au fond, elle veut atteindre et prévenir l'esclavage. Le nouveau projet de 1927 prévoit le fait en deux articles différents : l'article 120, qui punit l'enrôlement (qui peut être frauduleux) d'une personne dans l'armée d'une puissance étrangère ; l'autre disposition (art. 276) prévoit l'enlèvement des femmes (*Frauenraub*) : elle punit « tout individu qui enlève une femme, à l'aide de violence, menace dangereuse, ou ruse, dans le but de mariage ou d'abus, ou celui qui enlève une femme inconsciente ou incapable de

résister par faiblesse d'esprit ou autre cause, dans le même but. »

Le droit anglais et américain prévoit également l'enlèvement (de majeurs) sous le nom de « kidnapping ». Ce mot a, d'ailleurs, plusieurs significations : *a*) l'enlèvement, c'est-à-dire le vol et le rapt d'une personne, sa détention en secret ; *b*) l'abduction, la sortie en dehors du pays. Dans ces deux sens, il est incriminé dans le Common law anglais. Plusieurs Codes américains ont concentré l'enlèvement de majeurs et de mineurs dans les mêmes dispositions ; mais ce premier est resté incriminé séparément dans le Code de New-York, art. 24 ; Code de Canada, art. 313-314 ; Code de Dakota, art. 278-281. Il est, dans le droit américain, généralement tout à fait séparé de la séduction, où l'élément sexuel intervient.

Dans les autres législations plus récentes, le fait est également incriminé : Code chinois, art. 314-315 ; Code espagnol de Saldana, art. 611-612 ; projet suisse (1918-1929), 158-160 ; Code turc, art. 429 ; japonais, art. 225-227 ; argentin, art. 135, etc. Le nouveau Code italien, art. 522 et 523, prévoit le rapt de femmes (*donna maggiore di età*), mais là, il s'agit du rapt de séduction, que nous retrouverons à propos de celle-ci.

Encore une réforme à faire.

4. — L'ESCLAVAGE.

Apparentée à l'enlèvement des personnes, la question de l'incrimination de l'esclavage, celui-ci constituant également une atteinte à la liberté des per-

sonnes, se pose à côté de celle du rapt. Et cela à ce point que plusieurs législations unissent les dispositions relatives à ces deux délits sous la même rubrique.

Mieux que nulle autre institution, l'esclavage montre la relativité de l'incrimination dans les différentes époques aux différents pays.

L'esclavage naît du droit de la force. Le plus puissant va subjuguier le plus faible. Il le contraindra à le servir. Par ce moyen, il assurera sa supériorité ; il la fera connaître à tous.

A Rome, l'esclavage était non seulement une chose naturelle, mais encore c'était lui qui déterminait le degré d'honorabilité et de distinction des citoyens. Dans les temps où l'esclave n'était qu'une chose, telle une bête, cela ne pouvait être autrement. La barbarie, arrivant après la chute de Rome, n'est point favorable à l'abolition de l'esclavage ; c'est le temps des guerres interminables, où tout prisonnier est considéré esclave. On est très loin d'incriminer ce fait comme illicite.

Si la féodalité, et plus tard, la royauté ont apporté des améliorations à la situation juridique des esclaves, — désormais des serfs, — on ne doutait jamais de la légalité de l'institution.

Les découvertes d'outre-mer, qui mirent les Européens en relations avec l'Afrique et le Nouveau-Monde, favorisèrent l'esclavage, l'Européen, de civilisation supérieure, cherchant à soumettre les peuples restés à un degré inférieur, dont il avait besoin. Ce fut surtout dans les premières époques des Etats de l'Amérique du Nord, que l'esclavage des nègres se développa à tel point, que la nécessité d'une inter-

vention se montrait nettement dès le XIX^e siècle. La guerre civile entre les Etats du Sud et ceux du Nord en fut un témoignage éclatant.

En Europe déjà, la Révolution française venait de briser les chaînes de l'inégalité des personnes. Elle déclare l'égalité de tous les droits de l'homme : l'esclavage n'est plus possible.

Dans le droit anglais, une évolution pareille s'esquisse : en 1791, Wilberforce essaie d'obtenir une loi du Parlement contre le commerce d'esclaves. Mais jusqu'en 1806, le fait reste néanmoins légal.

C'est au cours du XIX^e siècle que la répression pénale de l'esclavage est poursuivie.

La législation américaine (art. 246-271 du Code fédéral des Etats-Unis, 1909) a prévu dans tous ses détails l'esclavage et le commerce d'esclaves ; de même le « *peonage* » (mot mexicain qui signifie un état de dépendance des ouvriers, résultant de leurs fautes ou dettes, vis-à-vis du patron).

De nos jours, l'esclavage paraît être complètement sorti de nos mœurs. Surtout vrai en Europe, où l'on ne s'imaginerait plus du tout que quelqu'un puisse avoir une supériorité illégale sur une autre personne, cela est vrai encore en dehors de l'Europe. Aux colonies même, les législations métropolitaines ont depuis longtemps tâché de faire cesser ce fléau ; aux Etats-Unis, la question est définitivement réglée, depuis la victoire des Nordistes, dans la guerre de Sécession en 1865. Le principe absolu, supérieur, de l'égalité de tous, du droit de liberté de toutes les personnes, met obstacle à ce que l'esclavage soit encore une question en discussion.

Dans ces circonstances-là, l'incrimination de l'esclavage, comme délit pénal, est-elle encore nécessaire ?

Cela dépend. Certes, en Europe, dans un pays civilisé comme la France, il n'y a pas grand besoin de répression. Mais la France est aussi une puissance coloniale, et par là, croyons-nous, l'incrimination aurait sa raison d'être.

L'esclavage n'est pas prévu comme délit pénal dans le droit français. Il y a, bien entendu, une loi spéciale — c'est la loi du 27 avril 1848, qui interdit l'esclavage et le commerce d'esclaves. « Le gouvernement provisoire, dit cette loi — considérant que l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine ; qu'en détruisant le libre arbitraire de l'homme, il supprime le principe naturel du droit et du devoir ; qu'il est une violation flagrante du dogme républicain : liberté, égalité, fraternité ; considérant que si des mesures effectives ne suivaient pas de très près la proclamation déjà faite du principe de l'abolition, il en pourrait résulter les plus déplorables désordres, — décrète... »

Après toute cette exposition de principes, on s'attendait à une pénalité assez sévère pour les contrevenants. Or, la répression est toute différente : « Toute infraction à ces dispositions entraînera la perte de la qualité de citoyen français » (art. 8).

Certes, la peine est très dure, mais, au point de vue international elle est, il faut l'avouer, quelque peu insuffisante. Le commerce d'esclaves a souvent un caractère nettement international. Et il suffit que ce soit un étranger qui pratique ce méfait même en

France, — il sera impuni, puisqu'il n'a pas de nationalité française qu'il puisse perdre.

En dehors de cette loi, il y a, heureusement, pour certaines colonies françaises, des décrets (1) réprimant la traite des esclaves ; mais une réglementation unique, générale, nous paraît pourtant préférable.

C'est ce point de vue qui a prévalu dans plusieurs législations contemporaines : ainsi, le nouveau Code pénal chinois, art. 313 ; le Code de la Russie impériale de 1903, art. 501 ; de l'Argentine, art. 145 ; du Canada, art. 297 ; et surtout le récent Code italien, d'une précision vraiment rare, dans les articles 600 à 602, de la « riduzione in schiavitu », « tratta di schiavi » et « alienazione e acquisto di schiavi ». Puis, distinctement de la réduction en esclavage, mais parallèlement avec elle, l'article 603 du Code prévoit le « *plagio* », qui consiste à soumettre quelqu'un à sa puissance de façon à le réduire en un état de sujétion tel qui supprime totalement sa liberté individuelle.

Contrairement à l'esclavage, ce n'est qu'un état de fait. Le *status libertatis* reste inaltéré, mais la liberté de la victime est, effectivement, supprimée. Il était donc prudent de prévoir ce fait ; car si l'esclavage, comme tel, est aujourd'hui indubitablement en disparition, le penchant de l'homme à être supérieur, maître, son aspiration à la puissance peut, aujourd'hui encore, mener à de pareils excès.

(1) Décrets du 12 décembre 1905 pour l'A. O. F. ; du 19 décembre 1922 pour le Togo ; du 8 décembre 1924 pour la Côte des Somalis.

5. — LA CONTRAINTE.

Contrairement à la majorité des législations, le Code français ne prévoit pas la contrainte, physique ou morale.

Certes, si cette contrainte s'extériorise par des violences, voies de fait, elle pourra tomber sous le coup de l'article 311 ; mais, dans ce cas encore (comme dans le cas du duel), ce n'est qu'un résultat qui serait visé.

Or, il est nécessaire d'incriminer le fait qui consiste à contraindre quelqu'un, ou bien au moyen de la violence, ou bien en abusant d'une situation de subordination, à faire ou à ne pas faire quelque chose, à commettre ou à ne pas commettre un acte.

Quelquefois, en droit français, la contrainte est considérée comme un élément du crime. Ainsi, par exemple, dans l'article 354 (enlèvement de mineurs). Ici même, la loi ne parle que de « violence ou fraude » ; mais, selon la doctrine (1), « les menaces qui constituent la contrainte morale, sont une des formes de la violence privée ; nous ne doutons pas que leur emploi ne doive être assimilé à celui de la violence physique elle-même, si ces menaces sont de nature à peser sur la volonté... » Ou bien encore, à propos du crime de viol : « Cette forme de contrainte, qui résulte de la menace de nature à inspirer à la victime de l'attentat la crainte sérieuse et immédiate d'exposer sa personne ou celle de ses proches à un mal considérable, peut et doit être assimilée à la

(1) Garraud, *op. cit.*, t. V, p. 705.

contrainte physique elle-même... » Il semble donc juste à admettre ici que l'emploi de la contrainte équivalait à celui de la violence physique.

De plus, l'article 334-3^o, sur la traite des femmes, vise expressément les « violences, menaces, abus d'autorité ou *tout autre moyen de contrainte* ».

Ainsi, atteinte quelquefois comme élément constitutif d'un autre crime, la contrainte reste non incriminée comme délit séparé et indépendant dans notre droit.

La loi française réprime la menace, et c'est, en effet, souvent par la voie des menaces que la contrainte sera exercée. Mais il n'en est pas toujours ainsi. D'abord, une menace peut avoir de l'effet, ou peut ne point en avoir ; tandis que la contrainte suppose un acte déjà commis ou omis justement par l'imposition d'une volonté supérieure. La menace peut n'avoir pour objet que d'intimider la victime ; tandis que la contrainte est toujours pratiquée dans le but d'obliger quelqu'un à ce qu'il fasse ou qu'il ne fasse pas quelque chose.

En supposant que le fait auquel on astreint une personne soit un crime ou un délit, des conséquences plus lourdes apparaissent. Celui qui commet l'infraction, y étant contraint par un autre, n'a pas agi librement, donc sa responsabilité est annihilée (art. 64, C. pén. fr.), et son acte impuni. On peut discuter si le vrai coupable serait atteint par la répression. En effet, on ne peut pas laisser jouer ici la maxime *coacta voluntas tamen voluntas*. C'est celui qui, par menace, autorité ou — éventuellement — par hypnotisme, agit sur la volonté d'un autre individu, qui

doit supporter les suites de son fait. Mais encore faut-il éviter toutes ces conséquences, en incriminant le fait même qui y mène.

De nos jours, il existe encore de nombreux rapports de personne à personne, où l'une possède une autorité sur l'autre. Dès lors, rien de plus simple que d'abuser de cette situation et de contraindre le subordonné à commettre ou à ne pas commettre un acte — généralement illicite.

Les différentes législations étrangères n'ont point imité le silence du Code français. La plupart des Codes modernes incriminent la contrainte comme telle, indépendamment des autres infractions, dont elle peut être un des éléments constitutifs.

Ainsi, le droit allemand : Code de 1870, art. 240 ; projet, art. 279, « celui qui contraint un autre au moyen de violence, ou en le menaçant d'un délit ou d'un autre procédé, à faire, supporter ou ne pas faire quelque chose, sera puni d'emprisonnement, sans qu'il y ait à s'inquiéter du point de savoir si le mal prévu devait atteindre la personne contrainte ou l'un de ses parents ».

Le Code autrichien (art. 98) prévoit également la contrainte, et la jurisprudence autrichienne la considère en sa qualité de limitation d'un droit légalement reconnu. De même, le Code italien, art. 610-611 (*Violenza privata, violenza o minaccia per costringere a commettere un reato*) ; le Code espagnol, art. 676 ; projet suisse, art. 156 ; et dans le même ordre d'idées, les Codes d'Extrême-Orient : chinois, art. 315, 318 ; japonais, art. 207. Conf. encore le récent Code de la Yougoslavie, art. 242.

On pourra encore assimiler à la contrainte l'exploitation abusive de la situation d'une personne, incapable de se défendre, par cause intrinsèque ou extrinsèque : contrainte, à commettre quelque chose, d'un faible d'esprit ; à ne pas commettre un fait, en causant l'inconscience de la victime. Cette assimilation est souvent faite dans le projet allemand, qui réglemeute avec soin tous ces détails, art. 276, 284-285, etc. ; dans le même sens, Code italien, art. 519, 524 ; hongrois, art. 232 ; hollandais, art. 247 ; japonais, art. 178.

Dans la matière de la contrainte, nous trouvons une disposition très intéressante dans le nouveau droit soviétique : il punit celui qui contraint un enfant mineur à la mendicité. C'est une disposition d'autant plus significative, qu'elle met à la base de l'incrimination des considérations d'ordre économique et social. (Une disposition semblable, d'ailleurs moins complète, est contenue dans la loi française du 7 décembre 1874, qui réprime l'emploi habituel d'un mineur à la mendicité, avec les peines de la complicité. Seulement, ici il ne s'agit pas spécialement de la contrainte.)

Le Code chinois, d'autre part, établit, dans son article 321, le délit de coercition illégale envers des personnes soumises à l'autorité de l'auteur, ou même envers des tiers.

Le Code de la Yougoslavie incrimine le fait de contraindre quelqu'un à contracter un mariage. La voie civile de la nullité du mariage exercée, la répression pénale est encore réservée en faveur de la victime (art. 245).

Tous ces exemples montrent la nécessité d'incriminer la contrainte morale ou physique, qui peut être la source de beaucoup de maux. Au réformateur du Code de boucher ce trou dans le droit français.

6. — LA CONTAGION VÉNÉRIENNE.

Voilà maintenant un délit qui pourrait être traité aussi bien parmi les attentats aux mœurs, que sous la rubrique des délits contre la personne physique. Nous croyons néanmoins qu'il a sa place dans ce dernier groupe ; d'abord parce que son résultat est une maladie, donc un mal physique ; ensuite, parce que — bien que ce soit le cas le plus fréquent — ce n'est pas indispensablement par l'acte sexuel que la contagion sera commise.

Voici donc encore un fléau, contre lequel la loi française ne nous protège pas efficacement. Dans notre époque, les maladies vénériennes sont extrêmement répandues, à Paris notamment. Malgré la réglementation de la prostitution, « l'amour libre » donne souvent lieu à des abus déplorables.

D'autre part, la contagion vénérienne, sue et voulue, est un moyen de nuire des plus cruels et plus perfides. La victime ne sait pas au juste se défendre ; et si la loi elle-même ferme l'œil sur ce fait, c'est laisser libre la voie la plus répugnante de la vengeance ou de la haine. Ce délit devrait donc être incriminé, la répression étant à la fois d'intérêt particulier et d'intérêt social (sécurité hygiénique).

La contagion intentionnelle peut d'ailleurs être assimilée, *mutatis mutandis*, à l'empoisonnement, ou mieux, à l'administration de substances nuisibles à la santé. Certes, il ne s'agit pas là d'une substance nuisible, comme le Code pénal l'entend ; mais le virus peut être envisagé comme un poison. Le contact, qui permet d'infecter une autre personne, est semblable à l'administration des substances, si l'on en connaît le résultat. Si le Code punit les lésions extérieures, souvent passagères, qui guérissent dans un laps de temps plus ou moins long, comment ne pas avoir incriminé le fait d'occasionner des maladies, qui, si elles ne sont pas absolument incurables, entraînent du moins des conséquences extrêmement graves ?

Voici un homme qui est atteint par la syphilis : ce n'est pas seulement lui qui sera lésé dans son intégrité corporelle ; même s'il guérissait, ses enfants porteront en eux le virus de la maladie. Toute une génération, et peut-être plusieurs, seront victimes de l'acte criminel d'un individu.

Au surplus, la contagion ne fait pas perdre que l'intégrité corporelle, physique de l'homme ; mais encore, il sera atteint profondément dans sa santé psychique et morale. Si c'est une personne droite et consciente, elle sera empêchée de fonder une famille saine. Malheur sur malheur.

C'est surtout pour les mineurs que la protection doit s'exercer à ce point de vue, et notamment pour les mineurs des deux sexes sans distinction.

Si la contagion n'est pas punie, on ne peut pas arrêter l'enchaînement des transmissions de la maladie. Et nous avons le spectacle déplorable de voir

une personne contaminée par une autre ; celle-là contaminera à son tour dix autres, et ainsi de suite. La propagation des maladies vénériennes devient de cette façon dangereuse, car elle peut prendre des proportions effrayantes.

Un autre aspect de la question, c'est la contagion par la nourrice. On devra incriminer pénalement toute personne qui introduit le virus de la maladie dans un enfant en le nourrissant. Et également celle qui, malade, occupe quelque fonction que ce soit près d'un enfant. Il y a d'innombrables occasions et moyens pour le contaminer.

Plus coupable encore, cela au point de vue de la contamination par le coït, est le mari ou la femme qui, ayant attrapé une maladie vénérienne, contamine son conjoint. Ici, le danger devient vraiment social ; c'est une génération malade, infectée, incapable d'une existence saine, qui va être à la fois le résultat et la victime de cette malveillance ou cette négligence impardonnable.

On ne peut pas s'arrêter à l'argument du « risque », selon lequel celui qui, par exemple, entretient des relations sexuelles avec une autre personne, doit envisager toutes les conséquences possibles de ses actes. S'il vient d'attraper une maladie sexuelle, il n'a qu'à se reprocher à soi-même de ne pas avoir pris toutes les précautions nécessaires.

Cette argumentation n'est pas soutenable, surtout si l'on considère le cas des mineurs, inexpérimentés, qui tombent entre les mains d'un homme ou d'une femme insoucieux des conséquences du fait criminel qu'ils commettent. Ces mineurs, eux, ne savent pas

se défendre effectivement contre des dangers qui leur sont parfois inconnus.

La personne atteinte par une maladie vénérienne doit la conserver en soi ; et si elle n'en a pas la force, c'est la loi qui doit empêcher qu'elle puisse, en toute liberté, transmettre son mal à d'autres.

On a tiré argument aussi de la thèse du besoin sexuel : on ne peut pourtant interdire à un individu qui, lui aussi, devient malade par malheur, de ne plus avoir de relations sexuelles. Certes, le commerce sexuel est un besoin vital pour l'individu ; néanmoins, l'intérêt social doit être placé au-dessus. De même que, en principe, un vol reste un délit, même si l'on vole pour apaiser sa faim, pour soutenir son existence, de même la contagion doit être un délit, bien qu'il y ait une force physiologique supérieure, qui pousse l'individu à l'acte.

Le progrès et le développement d'un peuple dépendent en grande partie de l'état de santé de ceux qui le forment. C'est donc une question de grande importance que d'empêcher la propagation des maladies vénériennes. Le droit pénal français a omis de le faire.

D'ailleurs, ici comme en toute autre matière, il faut punir non seulement ceux qui transmettent les maladies volontairement à d'autres, mais encore ceux qui, par négligence ou par imprudence, causent l'infection de tierces personnes ; il faut punir l'auteur, que ce soit un homme ou une femme ; il faut incriminer le délit, qu'il soit commis en dehors du mariage ou entre époux. Car, dans tous les cas, le danger est également grand et il faut, à tout prix, chercher à l'éviter.

(Celui qui ne sait lui-même s'il est contaminé ou non, ne peut évidemment pas être incriminé pour avoir contaminé d'autres. Le cas peut se présenter, étant donné que le délai d'incubation, de la syphilis par exemple, est de 15 à 25 jours en général.)

Les législations étrangères se sont bien aperçues de ce danger social, et elles ont, par conséquent, incriminé la contagion vénérienne. Ainsi, le Code italien, art. 554, punit la contagion de la syphilis et de la blennorrhagie, qu'elle soit faite *volontairement* ou *par négligence* ; ainsi encore, le Code espagnol, art. 538-539 ; la nouvelle législation soviétique, art. 155. Le nouveau Code yougoslave n'y voit qu'une contravention (ce qui correspond, en droit français, à un délit correctionnel), mais il prévoit expressément la contagion vénérienne entre époux (art. 256).

Le Code autrichien punit les prostituées qui pratiquent leur profession, bien que se sachant atteintes par une maladie vénérienne. Il incrimine également celle qui, bien que connaissant son état malade, aurait occupé un poste de nourrice ; de même celui qui, se sachant infecté, entretient des relations sexuelles avec d'autres (non professionnellement). Dans le même sens, le Code norvégien, mais qui va encore plus loin. Il incrimine celui qui engage, pour l'éducation ou les soins d'un enfant, une personne qu'il sait souffrante d'une maladie vénérienne (et bien entendu celle qui, en connaissance de cause, offre ses services).

Le Code espagnol, art. 539, punit « celui qui, connaissant la maladie syphilitique ou contagieuse dont serait atteint un enfant à la mamelle, le donnerait à

nourrir, ou prendrait une nourrice pour le nourrir et occasionnerait ainsi la contagion de cette personne ». C'est le cas inverse du précédent.

Ces précautions, cette répression ne sont point, comme nous l'avons vu, inutiles. Il serait souhaitable qu'on incriminât la contagion en France comme à l'étranger. Ce ne sera certainement pas au désavantage de l'accroissement de la population saine et de l'état de santé en général.

CHAPITRE II

Crimes et Délits contre la Morale.

En dehors des crimes et délits contre la personne physique ou la liberté des individus, nous trouvons, en cette matière encore, des infractions non incriminées par le Code pénal français. Bien que certains des actes dont il sera question, touchent également à la personne physique, on s'accorde à les ranger sous la rubrique des délits offensant la morale des individus. Les principaux, dont nous parlerons, sont :

- 1^o L'inceste ;
- 2^o Les relations antiphrisologiques ;
- 3^o Le concubinage ; puis
- 4^o Le blasphème.

A propos du caractère délictueux de ces actes, la discussion devient plus aiguë qu'en ce qui concerne le premier groupe de délits que nous avons examinés. Nous rechercherons donc si l'absence de chacune de ces incriminations dans le droit français peut ou non être qualifiée de lacune réelle du Code pénal.

1. — L'INCESTE.

Il est peu de problèmes qui aient davantage préoccupé les législations pénales que celui de savoir si

l'inceste devait être puni, et dans quelle mesure.

Civilement, l'inceste est sanctionné par la nullité du mariage, mais cette sanction paraît très insuffisante, et la question de la répression pénale se pose de façon pressante.

Le sentiment moral de chacun est profondément offensé par cet état de concubinage entre personnes dont la loi civile interdit l'union légale. Et ce sens moral, qui blâme l'inceste, répond à la nécessité de conservation et de développement du genre humain. L'inceste doit, à notre avis, être considéré comme délit pénal. Ce sont des motifs d'ordre physiologique, social et moral, qui imposent la répression.

L'inceste est un trouble apporté au bon ordre social, dont les conséquences seront : des enfants dégénérés ou infirmes, une régression morale évidente. La société civilisée et éclairée, du ^{xx}^e siècle, doit pouvoir interdire à ses membres un fait qui, laissé libre, amènerait inévitablement une destruction, une décadence physique et éthique.

En dehors de la dégénérescence de la postérité, une autre considération, qui dicte l'incrimination de l'inceste, c'est le maintien de la propreté morale dans les familles. Cette idée est plus ou moins développée dans les diverses législations : les unes ne punissent l'inceste qu'entre parents par le sang, tandis que d'autres le répriment même entre alliés. Evidemment, au point de vue physiologique, ce dernier système est moins logique, du moins en ce qui concerne les alliés en ligne ascendante (par exemple : beau-père et belle-fille), car ici une dégénérescence n'est pas à craindre ; mais, pourtant, l'inceste doit

être, dans l'intérêt moral, réprimé entre proches parents.

Les relations incestueuses s'observent plus spécialement chez les peuples sauvages ou primitifs. L'homme cultivé d'aujourd'hui ne doit point rester à cet état, il doit s'efforcer d'éviter tout ce qui pourrait empêcher son développement et son progrès.

Contre la répression de l'inceste, on a argumenté de la façon suivante : ni le mariage, ni les rapports incestueux en dehors du mariage, ne doivent être spécialement incriminés ; le mariage, parce que la nullité, qui est la sanction de l'empêchement dirimant, constitue une sanction civile suffisante pour rétablir l'ordre juridique offensé ; les rapports sexuels hors mariage, parce que ces actes pris en eux-mêmes n'offensent aucun droit particulier ou général. En les punissant, on s'obstine à mettre en lumière, par des recherches indiscrètes, des turpitudes et des hontes, dont la révélation même est une cause de scandale. On sévit contre des actes que la société n'a aucun intérêt à punir. L'intérêt social de réprimer l'inceste pourrait, du reste, apparaître, si ce fait dégénérât en scandale public (l'art. 564 du nouveau Code pénal italien fait de cette condition un élément essentiel de l'inceste sujet à répression). En tout cas, il faudra tenir compte, dans la régression de l'attentat à la pudeur, des relations de parenté existant entre l'auteur et la victime, relations facilitant les moyens de séduction (1).

Ce raisonnement ne nous paraît pas absolument

(1) Garraud, *op. cit.*, t. V, p. 49.

convainquant. En effet, l'intérêt de la société (et, à notre avis il existe, vu les considérations ci-dessus) doit être placé au-dessus d'un scandale éventuel, passable. Le bon sens indique qu'on ne peut pas laisser impunis des actes, des relations aussi honteux.

Dans l'incrimination de l'inceste il ne pourra évidemment pas s'agir de viol ou d'attentat à la pudeur. Ce sera, le plus souvent, plutôt une séduction, ou l'abus d'une situation privilégiée. Certaines législations germaniques mettent pleinement en relief ce point de vue.

Donc, une fois la punissabilité de l'inceste admise, il faut incriminer l'acte sous toutes ses formes : la répression doit avoir lieu, qu'il s'agisse de parents en ligne directe (*incestus juris gentium*) ou en ligne collatérale (*incestus juris civilis*), de parenté proprement dite ou d'alliance.

L'inceste fut déjà puni dans le droit romain. C'était la *lex Julia de adulteriis* qui le prévoyait. L'ancien droit français le punissait également de peines criminelles variant suivant que les relations illicites avaient lieu entre ascendants et descendants, ou entre collatéraux. De même, la législation germanique ancienne. (La Caroline, CXVII, renvoie aux peines de l'inceste.)

En ce qui concerne les législations contemporaines, la plupart prévoient l'inceste. Le fondement de la répression varie, il n'y a pas unité de qualification. Mais le fait est presque partout prévu.

Il est curieux de remarquer que la lacune du Code français a eu une forte répercussion sur le droit pénal roumain. Le Code de 1865 a omis, à l'instar du Code français, d'incriminer l'inceste, bien qu'il fût toujours

réprimé dans l'ancien droit roumain et qu'on trouvât l'incrimination même entre personnes qui n'étaient unies que par une parenté spirituelle. M. Pella se plaint avec raison de cette lacune du droit moderne (1).

Le droit allemand (projet, art. 290) incrimine l'inceste entre ascendants et descendants en parenté ou alliance, et de même entre collatéraux. Dans le cas où l'inceste est intervenu entre une personne majeure et une mineure, celle-ci ne sera pas punie, s'il y avait séduction.

Le Code hongrois, art. 243-244, prévoit également l'inceste en ligne directe et entre collatéraux. Dans le même sens, Code yougoslave, art. 284.

Le droit anglo-saxon, qui se montre très sévère en matière de crimes ou délits contre les mœurs, punit l'inceste comme aussi (nous le verrons) les relations antiphysiologiques : common law anglais (Stephen) ; statuts de New-York ; Code du Canada, art. 204 ; de Dakota, art. 350.

Le Code italien, art. 564 (comme nous l'avons déjà mentionné), ne punit l'inceste que lorsqu'il occasionne un scandale public : « Sera puni, quiconque, dans le cas où il en résulterait un scandale public, entretient des relations incestueuses... » Le point de vue du Code est que l'inceste ne constitue pas seulement une offense à la moralité en général, mais encore une violation de la norme de conduite qu'impose l'asexualité dans les rapports entre parents ; pour cela on incrimine le fait même entre alliés.

Le récent Code espagnol incrimine l'inceste même

(1) Pella, *op. cit.*, p. 113.

sans scandale ; conf. Code chinois, art. 245. Le nouveau droit soviétique ne prévoit pas l'inceste, comme délit pénal. Néanmoins, la « Rédaction » adopte le point de vue suivant : bien que l'inceste ne soit sanctionné que par la législation civile, qui interdit le mariage incestueux, il n'est pas douteux que l'inceste, étant un fait qui choque particulièrement les mœurs, soit puni malgré le silence du Code pénal (1). Ce principe montre nettement, qu'il y a là une omission, non une lacune. Et que même, dans le droit de l'U. R. S. S., où la famille est considérée comme dépourvue de toute valeur morale ou sociale (et c'est peut-être la vraie raison pour laquelle le Code est muet), on reconnaisse ce principe énoncé, cela montre très bien la nécessité qu'il y a à réprimer cette « honte de sang », comme le disent les Allemands, et c'est au législateur pénal français de l'avenir d'y pourvoir.

2. — LES RELATIONS ANTIPHYSIOLOGIQUES.

Sous ce nom, on englobe généralement deux faits résultant de la perversion de l'instinct sexuel, deux espèces de relations sexuelles contraires à la nature : a) la pédérastie, union charnelle de deux personnes du même sexe ; b) la bestialité, union d'une personne avec une bête. On a l'habitude d'appeler encore ces relations des « sodomies » : la première, sodomie *ratione sexus* ; la seconde, sodomie *ratione generis*.

(1) Hebdomadaire p. la justice soviétique, rapp. dans le *Das Recht Sowietrusslands*, p. 408-409.

De plus, peut-on considérer, selon quelques-uns, comme de tels actes contraires à la nature : l'onanie (Selbstbefleckung), les actes pervers entre homme et femme, le viol des cadavres.

Ces relations antiphysiologiques sont-elles punissables ? C'est encore une question qui, depuis longtemps, est l'objet de la discussion des criminalistes et des médecins.

Si ces actes sont réellement des aberrations pathologiques, c'est-à-dire qu'ils proviennent vraiment des maladies, sous la poussée desquelles l'homme ne peut pas s'empêcher de les commettre, dans ce cas, un fort argument se présente *contre* l'incrimination. On ne peut pas réprimer les actes d'un malade agissant sous la pression de son mal, de même qu'on ne peut pas punir celui qui agit sous l'influence de la folie.

Mais cette argumentation se heurte à la thèse du danger social. La morale, voire l'hygiène et la prospérité de la société sont menacées, dit-on, si ces anomalies ne sont pas incriminées. Les perversions ne constituent pas toujours réellement des maladies, et contre ceux qui veulent empoisonner les mœurs par simple esprit d'imitation, par exemple, la répression s'impose. En tout cas, il faut toujours établir quels sont ceux, des actes mentionnés, qui sont particulièrement dommageables, et quels sont ceux qui sont le résultat d'une perversion malade de l'esprit ou de l'instinct sexuel ; ces derniers ne devront pas être punis. Les psychiatres nous enseignent que toutes les espèces de satisfaction sexuelle antiphysiologique peuvent être aussi bien de nature pathologique, que de simples actes de luxure ; que par là, tous pourraient être sujets

à répression ; mais que, dans tous les cas, un trouble de l'instinct sexuel peut se présenter.

En ce qui concerne la pédérastie surtout (les actes homosexuels), ils paraissent être très nombreux, et ils sont, le plus fréquemment, des actes pathologiques. Ils ont ce caractère surtout lorsqu'ils ne se manifestent pas par des actes extraordinaires, mais quand, au contraire, ils se rapprochent en quelque sorte des rapports sexuels normaux.

Au point de vue social, tous ces faits doivent être qualifiés « luxure » (« Unzucht » en allemand), c'est-à-dire contraires à l'ordre sexuel reconnu de la société, et comme tels, aptes à servir de base à une répression pénale. Mais c'est une autre question de savoir si l'intervention pénale est justifiée ou fondée. Elle ne peut s'appuyer que sur la considération que l'acte atteint la liberté ou la faiblesse d'une autre personne, ou qu'il est, socialement, dangereux et offensant directement les mœurs ou les sentiments. Si donc les relations antiphysiologiques menacent les conceptions sexualo-morales — que l'Etat doit considérer comme base d'un développement sain — et si un mouvement spirituel dangereux pouvait tirer de là une extension dommageable, elles sont certainement à incriminer. Dans ce cas, l'argument déjà rencontré à propos de l'incrimination de l'inceste, notamment l'immixtion scandaleuse des autorités dans la vie privée, doit immédiatement tomber.

Mais, si nous acceptons ce point de vue pour fondement de la répression, nous en excluons par là-même la bestialité et le viol de cadavres. Dans ces hypothèses, en effet, on ne peut pas parler d'une atteinte à la

santé de la collectivité. (Le viol de cadavres pourra évidemment être incriminé comme atteinte aux sentiments religieux, et puni comme telle. Le fait est d'ailleurs presque disparu des mœurs actuelles. En ce qui concerne la bestialité, d'autre part, elle aussi pourra néanmoins être incriminée, puisqu'elle constitue une offense particulièrement brutale aux sentiments, à la morale publique et de plus au prestige, à la dignité de l'homme).

Les actes de sodomie, entre homme et femme, ont, au point de vue de l'incrimination, une importance secondaire ; ils menacent moins les conceptions sexuelles normales, étant donné qu'ils peuvent être simplement le résultat d'une brutalité négligente ; et que, d'autre part, ils s'appliquent souvent par la raison que l'auteur, par suite d'une saturation imprudente, ne peut plus trouver satisfaction dans l'union normale.

Il reste enfin la question, d'une importance exceptionnelle, de la pédérastie, en ce qui concerne les hommes, du saphisme, en ce qui regarde les femmes. De nos jours, probablement par suite de la grande guerre, cette forme de satisfaction a pris des proportions considérables. Même si l'on regarde l'acte comme pathologique, on pourrait le comparer à une épidémie qu'il faut chercher à supprimer. Bien entendu, c'est surtout les relations d'homme à homme qui sont fréquentes, et aussi, plus ostensibles ; le *coïtus anormalis* est plus difficilement imaginable chez les femmes. Néanmoins, si l'on admet le principe de la punissabilité, il faut incriminer l'anormalité aussi bien entre femmes qu'entre hommes.

Contre la répression, on fait valoir le caractère patho-

logique de la majorité de ces relations. Dès lors, une très grande difficulté se présente pour distinguer les cas de vrais malades, ne pouvant pas dominer leur instinct par suite de sa puissance, qui, certainement, doivent rester impunis, et le cas de personnes plus ou moins responsables, qui par simple imitation ou brutalité s'avisent à commettre ces actes par suite de leur *libido* trop peu surveillé et dont la répression est souhaitable. D'autre part, on peut affirmer que l'intervention pénale entrave grandement la lutte contre ces anormalités, par le seul moyen possible : la médecine.

La loi pénale peut avoir deux buts : ou bien le châtiement de l'auteur ; ou bien l'intimidation des autres. Le principe *punitur quia peccatum est* ne doit pas s'appliquer ici, puisqu'on n'est point en face d'un criminel, mais d'un malade ; l'application du système *punitur ne peccetur* ne semble non plus avoir effet : on n'intimidera pas un instinct, un désir sexuel. C'est à la médecine de guérir ces personnes malheureuses, s'il est possible, car, si les relations antiphysiologiques sont un mal pour la société, en premier lieu sont-elles un malheur pour la personne qui en est atteinte.

Enfin, la loi pénale démontrerait suffisamment le caractère illicite de ces faits, si elle réprimait les cas où des violences, des contraintes ou des séductions les accompagneraient.

Ces arguments militent tous en faveur de l'idée qu'il faut préférer, en cette matière, l'intervention médicale à l'intervention pénale.

Historiquement, les législations anciennes étaient unanimes dans leur appréciation. Pour elles, les consi-

dérations pathologiques étaient repoussées en arrière, pour ne laisser voir que la nature criminelle, monstrueuse de ces actes qui, nécessairement, devaient relever de la loi. On les frappait généralement d'une sévérité extrême.

Déjà la plus ancienne législation, la Bible, les prévoit : « que tout ce qui se réunit avec les bêtes, soit tué ». Le droit romain prévoit seulement la pédérastie (rapports sexuels entre hommes), dans la loi Scatinia, sur la *monstrosa venus* ; plus tard, dans la loi *Julia de Adulteriis*, Inst. § 4, *De publ. jud.* — Les anciens Germains réprimaient tout acte antiphysiologique, quel que ce soit : pédérastie, sodomie, souillure des cadavres, même onanie. La Caroline CXVI, prévoit la peine du feu pour le « crime d'une personne commis avec une bête, d'un homme avec un homme, d'une femme avec une femme ».

L'ancien droit français incrimine également ces actes (on les appelle « bougreries »). Il en est de même dans l'ancien droit roumain.

Aujourd'hui, la répression de ces relations contraires à la nature est plus atténuée, et encore l'incrimination est devenue plus rare. Souvent le fait n'est considéré comme crime que s'il constitue à la fois un outrage public à la pudeur ou un attentat aux mœurs avec ou sans violence. D'après E. Hoffman (1), « les raisons qui font que ce crime est puni aujourd'hui moins sévèrement, se trouvent, d'une part, dans l'appréciation plus clémentine des dépravations sexuelles en général ;

(1) Cité par Gârăud, *op. cit.*, t. V, p. 442.

d'autre part, dans l'observation psychiatrique selon laquelle ce penchant d'un individu pour un autre du même sexe est regardé comme une impression sexuelle anormale ».

N'empêche que, malgré ces principes clairvoyants, nous trouvions aujourd'hui encore plusieurs législations qui incriminent les actes antiphysiologiques. Ainsi le Code allemand de 1870, art. 175 ; le projet incrimine : a) la pédérastie, art. 296-297 ; b) la séduction des mineurs en but de pédérastie, art. 297. La bestialité est, de plus, réprimée, même si elle ne constitue pas un outrage public aux mœurs : art. 295 (Cp. exposé des motifs du projet de 1925).

Le Code pénal autrichien considère comme crime, et « espèce d'attentat à la pudeur », les relations de personnes du même sexe et celles d'une personne avec une bête (art. 127). Le Code hongrois punit la sodomie entre hommes et la bestialité (art. 241).

Le nouveau Code de la Russie soviétique incrimine les actes contre la nature lorsqu'ils servent à corrompre des mineurs, ou lorsqu'ils sont commis avec violence. Dans les autres cas, ils restent impunis.

Le droit anglo-saxon, sévère, punit la sodomie de toute espèce. Dans le droit anglais, le « Offences against Person Act » de 1861, incrimine la bestialité et la pédérastie, ou sa tentative. Le Criminal Law Amendment Act (1885) prévoit la pédérastie comme « gross indecency ». De même, les codes de Canada, art. 202 ; Dakota, art. 351-352.

Enfin, le Code yougoslave, art. 285-286, réprime la pédérastie et la bestialité, mais seulement à titre de contravention (nous avons expliqué le sens spécial

de cette qualification, dû à la division bipartite des infractions, à propos de la contagion vénérienne).

Malgré ces législations positives de quelques pays, nous apercevons une tendance nettement restrictive en ce qui concerne la répression des relations antiphysiologiques. De plus en plus l'opinion s'esquisse et se précise, que ces anormalités humaines appartiennent plutôt au domaine de la médecine légale et de la psychoanalyse qu'à celui du droit criminel. De plus en plus, on préconise la substitution des maisons de santé aux prisons. Les pervers, tout au moins en majorité, sont des malades psychiquement, et — nous pensons surtout à la pédérastie — la prison pourra encore aggraver leur penchant anormal. D'autre part, comme dit Garraud (1), on tend vers la compréhension de l'idée, que la répression de ces vices appartient à la loi morale et non à la loi sociale.

Dans ces circonstances, le silence du Code français peut-il être considéré comme une lacune ?

Nous ne le croyons pas. Peut-être le législateur révolutionnaire a-t-il déjà remarqué que ce n'est pas la peine criminelle qui doit être appliquée dans ce cas, mais que ce sera la société elle-même qui va se défendre contre la ou les personnes en question. Elle en a les moyens. Aujourd'hui, on ne parle plus de châtiement, mais de guérison (2). Le Code français a, à ce

(1) Garraud, *op. cit.*, t. V, p. 442.

(2) Il est très intéressant de remarquer la tentative curieuse, faite au Danemark, par la loi du 1^{er} juin 1929. D'après cette loi, les personnes qui, par suite de la *force* ou de la *direction anormale* de leur instinct sexuel, sont exposées à commettre des infractions, et qui, par suite, sont dangereuses pour elles-mêmes et pour la

point de vue, si l'on peut s'exprimer ainsi, devancé son siècle.

3. — LE CONCUBINAGE.

Nous savons qu'on entend par « concubinage » les relations suivies entre un homme et une femme, en dehors du mariage, autrement dit la situation quasi-maritale de deux personnes.

Notre système social et moral est basé sur la famille. La famille — légitime, bien entendu — c'est le pivot de l'activité économique, morale et physiologique de la société actuelle. Non seulement au point de vue social, mais aussi sur le terrain du droit pur, c'est l'union légale, qui seule est reconnue comme produisant des effets réguliers, des droits et des obligations.

Dans ces conditions, le concubinage est une atteinte aux principes fondamentaux de notre vie sociale. Il n'en a pas toujours été ainsi. Le concubinage existait certainement avant le « mariage », c'était même le prédécesseur, la forme rudimentaire du mariage. Les relations maritales étant une situation de fait, et non une institution juridique réglementée, il ne pouvait être question, anciennement, que du concubinage.

D'autre part, si nous passons à nos jours, en laissant de côté les quelques 26 siècles de législation, si nous

société, peuvent, sous certaines conditions, être soumises, sur leur propre initiative, à une intervention touchant leurs organes génitaux, si cette intervention est admise par le ministère de la Justice. Jusqu'en 1932, cinq hommes ont eu recours à ce moyen, et les résultats semblent tout à fait satisfaisants (Rapp. dans la *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1932, p. 182).

regardons les tendances d'évolution du système familial, nous constatons sinon une faveur vis-à-vis des concubinages, mais du moins un affaiblissement de la position de la famille, considérée comme axe de notre organisation sociale. Le concubinage devient de plus en plus fréquent ; les législations, *nolens volens*, doivent lui attribuer des effets juridiques. La mentalité d'après-guerre favorise, surtout auprès de la jeunesse, « l'amour libre », qui lui permet de vivre une vie sexuellement saine, tout en échappant aux conséquences du mariage légal.

Est-ce que ce fait de concubinage, actuellement encore, nous le répétons, contraire en général aux conceptions sociales et morales, doit-il être réprimé ? Doit-on incriminer le mariage illégal ?

Les opinions sont divisées.

Le concubinage est sans doute un danger social, et ce mariage de conscience même le plus idéal ne peut pas assurer à la femme et aux enfants la protection donnée par le mariage légitime dont ils ont besoin malgré le développement récent de l'émancipation économique de la femme. Mais de là, il ne résulte, pour l'Etat, que le devoir d'encourager les mariages légitimes, et de démontrer la fausseté de l'opinion aujourd'hui assez répandue, que l'union libre est préférable aux unions « de contrainte ». Néanmoins, les inconvénients économiques ne doivent pas avoir pour conséquence la répression violente du concubinage. Etant donné que la situation des enfants nés des rapports de concubins est encore la plus heureuse de tous les enfants naturels, il faut bien réfléchir avant d'agir. Par la répression du concubinage, on augmente sou-

vent les désavantages, au lieu de les supprimer. Fréquemment, c'est par l'empêchement de la vie commune d'un homme et d'une femme, qu'on pousserait à la misère femme et enfants, et l'on annihilerait l'espérance d'un mariage subséquent.

D'autre part, l'action contre le concubinage atteindrait surtout les classes pauvres ; même si un mariage devait intervenir entre concubins, le sort économique de la femme et des enfants ne serait pas amélioré.

Le second motif qu'on fait valoir pour l'incrimination du concubinage, c'est le souci de la morale publique. On a répondu que le concubinage n'était pas immoral, au contraire, c'est la forme la plus licite de l'amour libre. Mais, dit-on, la moralité d'une chose est une notion tout à fait relative. Le législateur doit s'orienter selon les conceptions dominantes ; or, comme nous l'avons montré plus haut, le mariage constitue aujourd'hui un idéal moral, étant donné qu'ici le sensuel est mis au second plan, et qu'il contient des buts plus hauts que la satisfaction de l'instinct naturel. Il est clair que les hommes, qui reconnaissent un tel idéal, ont une réprobation vis-à-vis du concubinage, qui sert surtout à la satisfaction des plaisirs sensuels.

Il faut pourtant reconnaître que c'est l'espèce la moins immorale des relations sexuelles hors du mariage. Et si néanmoins on demande l'application de peines au concubinage, c'est pour deux raisons :

La première affirmation, c'est que le concubinage, justement par sa ressemblance avec le mariage légitime a pour effet de détourner les esprits du vrai mariage, et de diminuer ainsi la valeur de celui-ci. Certes, il peut avoir une forte influence sur certaines personnes,

parce qu'il ajoute aux avantages du mariage la liberté complète des participants. Malgré ceci, nous ne croyons pas qu'on doit voir un grand danger social, voire la désorganisation de l'institution du mariage, dans le concubinage ; le mariage porte sa valeur en lui-même (1). Les femmes surtout ont un intérêt trop grand au mariage légalement protégé, pour qu'elles se contentent, en majorité, de l'union libre. Et si un homme et une femme ont l'intention de vivre dans une union vraiment durable et morale, ils choisiront généralement les formes du mariage légal. Ils se méfieront certainement du mépris des autres personnes, qui se manifeste à l'encontre de tout rapport libre, et qui peut aller jusqu'à détruire l'union la plus consciencieuse.

D'autre part, il faut considérer également le fait que des erreurs sur des qualités spirituelles, ou la recherche de l'argent, mènent souvent à des mariages plus déplorables qu'un concubinage. Et il ne faut surtout pas se dissimuler, que la répression du concubinage aura pour effet plutôt l'augmentation de la prostitution, funeste, que l'incitation désirée aux mariages légaux. Il est établi que dans les couches sociales, où le concubinage est le plus répandu, la prostitution est assez rare.

L'autre raison, à l'aide de laquelle on argumente contre l'amour libre, c'est que le concubinage, en qualité d'immoralités suivies, est apte à éveiller un scandale public, et à atteindre ainsi, à un haut degré, les mœurs publiques. A ce propos, on a observé que le

(1) Löwenstein, *Die Bekämpfung des Konkubinales*, p. 100.

scandale sera le plus souvent occasionné non par le concubinage lui-même, mais par la conduite des deux personnes, ce qui peut également être le cas de conjoints légalement unis. Ce sera souvent la grossesse qui fera éclater le mépris public, et ce fait est caractéristique de la mentalité actuelle : tant que les concubins prennent des précautions, leur union est à l'abri des troubles ; dès qu'ils s'avisent de procréer, ce qui cependant est le but final de toute union durable, l'opinion publique se révolte contre eux.

La répression pénale ne semble donc pas apte à être employée vis-à-vis du concubinage. L'intervention, et la séparation autoritaire, aurait des conséquences beaucoup plus néfastes que l'acte lui-même — tant à l'égard des intéressés (enfants, femmes), qu'en ce qui concerne la morale publique. Et c'est certainement à éviter.

Au point de vue historique, le concubinage fut, sous le nom de *stuprum*, puni dans le droit romain, par la *lex Julia de adulteriis*. Ce *stuprum* se différenciait d'ailleurs du *concubinatum*, qui était toléré. C'est également dans le domaine du concubinage qu'entre le *contubernium*, union sans valeur juridique des esclaves, plus tard d'une femme libre avec un esclave, puni par les différents empereurs plus ou moins sévèrement. Le droit canonique se tourne également contre l'union libre. L'ancien droit français connaît le stupre, conjonction illicite avec une femme honnête, mais ne le réprime pas, s'il est fait sans violence ou séduction. Au contraire, l'ancien droit germanique, et encore l'ancien droit allemand incriminent le fait. Plusieurs Etats allemands ont maintenu, dans leurs systèmes

pénaux particuliers, l'incrimination jusqu'à nos jours. Mais ni le Code d'empire de 1870, ni le projet de 1927, ne la prévoient. Le droit anglais laisse le concubinage à l'appréciation des tribunaux religieux.

Les Codes modernes sont muets. Ni les Codes latins, ni les Codes germaniques n'en parlent ; il n'y a que quelques cantons de la Suisse allemande, où il est prévu une répression. Inutile de faire remarquer le silence du nouveau droit soviétique, où le mariage légal étant une institution fragile et peu appréciée, le concubinage prend une extension considérable.

(Le Code espagnol de Saldana parle, dans son article 606, du « stupre d'une femme honnête, majeure de 18 ans et mineure de 23 », mais il ne s'agit pas là de concubinat, plutôt d'une union charnelle commise par abus d'autorité et qui ne suppose pas une cohabitation durable.)

Donc, malgré des opinions bien nettes, encore soutenues en faveur de la répression du concubinage (1), nous ne croyons pas qu'une incrimination soit utile et désirable. L'Etat doit essayer de corriger, de prévenir le mal par d'autres moyens, notamment par une éducation appropriée de la jeunesse d'une part, et par la réglementation des conséquences du concubinage de l'autre.

Le concubinage est aujourd'hui trop répandu, pour pouvoir agir par répression. Il faut plutôt l'organiser ; puis, il faut faciliter le mariage légal, restreindre le nombre de conditions, faciliter le divorce. (Nous pensons surtout à cette récente institution, imaginée

(1) Pella, *op. cit.*, p. 116 sq.

dans la pratique de la jeunesse américaine, le « mariage d'essai », qui, dûment réglementé, pourrait peut-être donner des résultats satisfaisants.)

Mais là, nous sortons du domaine du droit pénal pour passer dans celui du droit civil. En restant en notre matière, nous croyons pouvoir conclure à ce que la non-incrimination du concubinage dans le droit français est, surtout de nos jours, entièrement justifiée.

4. — LE BLASPHEME.

(D'abord, quelques remarques : Avec ce délit, nous sortons du domaine de ce qu'on appelle les crimes et délits contre les mœurs. Mais le blasphème, s'il n'est pas un attentat aux mœurs, reste toujours une atteinte à la morale publique. Seulement, au lieu de la morale sexuelle, c'est la morale religieuse, spirituelle, qui est envisagée ici. C'est pourquoi nous avons mis le blasphème sous cette rubrique.

D'autre part, on pourrait objecter que le blasphème a sa place parmi les crimes et délits contre la chose publique plutôt que parmi ceux contre les personnes. Mais cela dépend du critère qu'on accepte pour base du délit. Et à notre avis, — comme nous le montrerons *infra* — le blasphème peut bien être placé, tels l'injure, l'outrage, la diffamation, dans les cadres de notre étude.)

Le Code français, tel qu'il est aujourd'hui, se désintéresse complètement de tout ce qui concerne l'Eglise ou la religion. La loi du 9 décembre 1905, sur la séparation de l'Etat et de l'Eglise, a abrogé les articles 260

à 264 du Code pénal. Ces articles contenaient des incriminations pour entraves au libre exercice des cultes ; mais le blasphème ne figura jamais parmi les crimes ou délits prévus par le Code.

Il est certain que la conception antique du blasphème, l'offense faite à Dieu, ne peut plus être adoptée. Dieu n'apparaît plus comme ayant qualité ou besoin d'être défendu ou protégé par le droit pénal, il n'est donc pas l'objet immédiat de l'action punissable. Quel sera alors cet objet ?

Plusieurs opinions s'affrontent à ce sujet. Les uns considèrent comme atteinte la religion en soi, comme institution ; d'autres, les organisations religieuses ; encore d'autres, ces organisations dans leur objet d'adoration et d'estime ; enfin, on considère que c'est le sentiment religieux individuel qui est visé. Nous croyons que c'est à ce dernier critérium, comme le plus concret, qu'il faut s'attacher (ce qui justifie d'ailleurs, la place du blasphème parmi les crimes et délits contre les personnes).

Mais la controverse est encore plus grande, lorsqu'il s'agit de déterminer l'idée de Dieu dans cette incrimination. D'après une première conception, la notion de Dieu est une notion abstraite, dans le sens de tout système de philosophie religieuse, donc applicable même aux religions polythéistes. Ou bien, cette notion est, bien qu'abstraite, en ce sens qu'elle est indépendante d'une certaine confession, attachée à l'idée de monothéisme, et par suite, a pour objet un être supérieur, transcendantal. D'autres prennent pour base de la notion de Dieu justement les idées propres aux diverses collectivités religieuses. Dans ce cas, la

divinité est protégée spécialement d'après chaque conception que s'en font les collectivités.

En ce qui concerne l'action, il est certain que le blasphème, c'est une offense. Offenser, c'est battre en brèche la sainteté et la vénération de Dieu. Donc la conception athéiste, la négation de toute divinité, ne peut pas être qualifiée blasphème. De même, les conceptions de divinités contraires aux idées religieuses reconnues. Ce serait absolument incompatible avec la liberté de conscience, principe intangible de notre vie sociale.

Aujourd'hui, le blasphème est-il encore réprimé et à réprimer ?

L'Angleterre surtout, puis les droits américains et l'Italie sont le domaine où toute atteinte à la religion est incriminée. Le blasphème y est donc prévu. Anciennement, les statuts anglais punissaient, tout comme le blasphème, l'athéisme et l'hérésie. Aujourd'hui, la liberté religieuse étant reconnue, ces deux derniers faits ne sont plus incriminés. Le christianisme n'est plus « part of the law of England », comme il l'était autrefois.

Cette conception est bien éclairée dans toutes ses parties, par la célèbre affaire Ramsay (1883). A la suite de la fameuse plaidoirie de lord Coleridge, dans laquelle il est énoncé : « si les décences de la controverse sont observées, les fondements mêmes de la religion peuvent être attaqués, sans que l'écrivain soit coupable de blasphème » (1), que Stephen rapporte, il remarque : « it is not so much the matter as the manner

(1) *Stephen's Commentaries*, vol. IV, Criminal Law, p. 149.

which constitutes the basis of blasphemy ». Les arguments sont permis, dit-il, mais pas les insultes ; surtout quand il s'agit d'une divinité.

Le blasphème est donc réprimé en Angleterre. Il en est de même dans le Code de Canada, art. 198, et celui de Dakota (South), art. 31 et sq.

En Italie — toujours en relations étroites avec la religion par suite de la présence du Saint-Siège à Rome — le nouveau Code contient tout un chapitre sur les « délits contre la religion de l'Etat et les cultes admis » (reconnus). Toute personne, qui vilipende la religion de l'Etat ou un culte reconnu, ou l'offense par la voie des personnes qui la professent, ou des choses qui forment des objets du culte, sera incriminée. Nul n'a donc le droit de porter atteinte, de quelque manière que ce soit, aux croyances religieuses d'autrui (art. 402-406). Contrairement aux prévisions du Code antérieur, de 1889, qui ne prévoit que la liberté des individus dans le domaine religieux, le nouveau Code prévoit toute atteinte aux sentiments croyants en général. En effet, l'Italie conçoit le sentiment religieux comme un facteur moral pour l'individu et la collectivité ; elle réprime donc, non seulement les atteintes aux manifestations extérieures de la religion, mais encore celles dirigées contre le fondement même de la croyance, contre la religion elle-même (Rocco, *Lavori preparatori*).

Parmi les autres législations européennes, le blasphème est puni dans le Code pénal allemand (1870), art. 166 ; projet, art. 180 ; dans le Code pénal hongrois, art. 190 ; Code autrichien, art. 122 (1852) ; art. 244-245 (projet 1912).

Evidemment, tous ces délits ne se conçoivent pas dans une société qui nie ouvertement l'existence de toute divinité, comme l'U. R. S. S. Mais, ce n'est pas le cas de la France.

Dans la législation française, c'est le principe de la séparation de l'Eglise et de l'Etat qui domine la matière et qui impose le silence au Code. Néanmoins, le blasphème pourra être incriminé parce qu'il constitue non seulement une offense à la religion mais, comme nous l'avons vu, une injure aux sentiments religieux individuels. C'est donc un outrage qui y est commis, et cet outrage, cette injure, est susceptible d'être réprimée, à notre sens, par la loi française.

Il n'en reste pas moins vrai que la question a encore plus d'intérêt au point de vue moral, qu'au point de vue criminel.

*
* *

A cette espèce de délits contre la morale religieuse, mais visant néanmoins la personne, se rattache l'intéressante disposition du Code pénal du Dakota, art. 39-40, et art. 51, en incriminant le délit de « sabbath breaking ». Art. 39 : « Le premier jour de la semaine étant très généralement considéré comme servant pour le repos et les usages religieux, la loi interdit de faire ce jour certains actes évidemment inutiles et qui constituent une interruption sérieuse du repos et de la liberté religieuse de la communauté ». — Art. 40 : La violation de cette prohibition est « sabbath breaking ». Après, voilà l'article 51 : « Quiconque s'arrange malicieusement, dans une action civile, qu'un procès soit jugé le samedi, contre une per-

sonne qui tient le samedi pour jour saint, et qui ne travaille point ce jour-là, etc., est coupable d'un délit. » Cette disposition nous paraît très équitable, et tenant compte parfaitement de la liberté de conscience. Il est d'ailleurs vrai que, dans notre société d'aujourd'hui, elle n'a pas un champ d'application très vaste.

*
* *

Voilà pour les crimes et délits « permis » par le droit pénal français. Ayant étudié ceux qui nous paraissent les plus importants, nous passons maintenant aux dispositions du Code pénal.

DEUXIÈME PARTIE

LES LACUNES PROPREMENT DITES DU CODE PÉNAL

Le Code pénal français, quelque parfait qu'il fût lors de sa rédaction, a vieilli. Et maintenant, après plus d'un siècle, des lacunes se montrent là-même où des dispositions avaient été prises. Le droit pénal a fortement évolué dans les derniers cent ans ; de nouvelles idées ont vu le jour, non seulement au point de vue de la répression et des peines, de la poursuite et de l'instruction, mais encore en ce qui concerne l'incrimination. Témoins en sont les nombreuses lois intervenues, qui, ou bien ont été incorporées dans le Code, ou bien sont restées à l'état de lois séparées. Mais toutes ces lois n'ont pas été suffisantes pour boucher tous les trous du Code. Des manquants y apparaissent, et nous verrons, en étudiant l'une après l'autre les infractions incriminées, qu'il reste beaucoup de questions à résoudre.

Bien entendu, la jurisprudence française est arrivée à combler en grande partie les lacunes de la loi positive. Mais bien que suppléées, les insuffisances du Code n'en restent pas moins des insuffisances. Et puisque c'est le Code que nous examinons, il faut que nous fassions, du moins en général, abstraction de la jurisprudence.

Comme jusqu'ici, c'est à la lumière du droit comparé,

des différents perfectionnements apportés par les Codes étrangers, que nous allons envisager le système français, et que nous tâcherons d'établir les principaux points, sur lesquels le réformateur du Code français devrait s'arrêter.

Les insuffisances de dispositions.

L'examen des différents groupes de dispositions nous permettra d'établir où, et en quelle mesure, la loi française pourra être qualifiée incomplète.

Dans ce but, nous examinerons successivement :

- 1^o L'homicide (et ses espèces) ;
- 2^o Les menaces ;
- 3^o Les coups et blessures ;
- 4^o L'avortement ;
- 5^o Les attentats aux mœurs ;
- 6^o Les délits contre la famille ;
- 7^o Les délits contre l'honneur.

Par là, nous suivrons l'ordre établi par le Code pénal français.

1. — L'HOMICIDE (ET SES ESPÈCES).

L'homicide, prévu par tous les systèmes pénaux du monde, est le genre, le noyau des crimes et délits contre la personne physique. La loi française l'a incriminé, comme toutes les autres. Mais, à côté du meurtre, de l'assassinat, de l'homicide involontaire, il y a encore quelques variétés d'homicide qu'elle n'a pas réglementées, et dont les principales sont :

l'homicide par omission, et l'homicide sur demande. Nous étudierons, avec ces deux infractions, encore quelques incriminations de détail, prévues par les Codes étrangers.

Et d'abord, *l'homicide par omission*.

Une infraction suppose toujours un acte de l'homme. Les opinions, les intentions, ne sont pas atteintes par la loi pénale. Mais les actes, qui forment le corps du délit, peuvent être des actions ou des inactions. De là les délits *in committendo* et les délits *in omittendo*. Les délits par omission sont rares, sinon exceptionnels dans les législations pénales. La loi pénale est prohibitive, presque toujours ; elle est très rarement impérative. Elle nous défend de faire quelque chose ; mais il est exceptionnel qu'elle nous impose une action. Il peut pourtant arriver des cas où un délit de commission est perpétré — une prohibition de la loi violée — justement par une inaction. C'est le problème du délit de commission par omission, problème qui se pose particulièrement en ce qui touche l'homicide. Celui qui, par une abstention, par une inaction, cause la mort d'un autre individu, est-il coupable ? Peut, et doit-on punir quelqu'un qui laisse mourir l'autre, bien qu'il aurait pu le sauver ? Voici la question.

Elle a été toujours discutée.

Anciennement, on assimilait au délit de commission le délit par omission. Nous connaissons le mot de Loysel : « Qui peut, et n'empêche, pèche. » Comme exemple plus concret, la vieille législation autrichienne, la *Theresiana* (1758), incriminait l'infanticide par omission imputable à la mère.

La question fut particulièrement étudiée en Allemagne. Le critérium de l'incrimination, ce fut tantôt un manquement au devoir juridique, tantôt un manquement à une obligation d'intervenir, résultant des circonstances ou de la loi. Plus récemment, la doctrine allemande établit que l'homicide par omission renferme en lui-même sa causalité, étant donné qu'en cas d'intervention, le résultat incriminé ne se serait pas produit. L'abstention étant donc la cause de la mort, elle doit être assimilée à l'homicide par commission, par acte positif. Mais cela évidemment dans le cas seulement où cette abstention est injuste, ou, par conséquent, il y a une obligation d'agir (1).

Ainsi, le Code italien et le projet allemand ont des dispositions de caractère général à ce sujet : « Ne pas empêcher un événement, qu'on a le devoir juridique d'empêcher, équivaut à l'occasionner » (Code italien, art. 40) ; « Celui, qui omet d'empêcher un événement, bien qu'il y fût juridiquement obligé, sera puni de la même façon que celui qui cause cet événement » (Pr. allem. de 1925, art. 14. — Cp. projet de 1927, art. 22).

Mais alors, la question qui se pose est la suivante : s'il n'existe aucun devoir juridique qui puisse imposer l'action, celui qui s'abstient ne sera donc pas coupable ? Supposons, en citant l'exemple classique, le cas où quelqu'un est en train de se noyer. Un autre passe, dans un canot, près de lui. Il pourrait le sauver, mais il ne le fait pas. N'a-t-il pas commis un homicide ? Certes, nul n'est tenu « d'un devoir général d'assis-

(1) Garraud, *op. cit.*, t. I, p. 207 sq.

tance » vis-à-vis de ceux qui courent un danger, mais cette abstention est tellement coupable, elle choque tellement le bon sens et les mœurs, qu'on peut se demander si vraiment l'auteur ne doit pas être considéré comme un meurtrier. M. Maurice Gand, dans sa thèse (1), le conteste. Il ne voit de délit de commission par omission que si l'abstention est faite en violation d'un devoir juridique. De même, Garraud est de l'avis que « la loi morale peut blâmer l'attitude passive de celui qui, volontairement, ne secourt pas son semblable ; la loi pénale ne saurait l'assimiler à l'acte d'un meurtrier ». Certes, la loi pénale et la loi morale ont leurs domaines séparés ; mais là, où l'inobservation de cette loi morale met en danger la sécurité, la paix sociale, là où la violation de ces règles morales aura pour résultat des homicides, la loi pénale doit venir renforcer et sanctionner les postulats de la morale.

M. Appleton, dans son article publié dans la *Revue trimestrielle de droit civil* (1912), remarque très justement qu'il serait naturel de consacrer l'obligation de porter secours, sans risques et sans charges, au prochain en péril. Il ne faut pas que le droit pénal s'attache à un geste. Or, au point de vue moral, au point de vue du dommage subi, de la relation entre le préjudice et la faute d'abstention, on ne voit pas de distinction à faire.

On a dit que le délit de commission par omission ne devrait être puni que si l'abstention résulte d'une volonté criminelle. Rien n'est plus subtil que ceci. Car,

(1) Du délit de commission par omission, thèse Paris, 1900.

comment va-t-on établir si cette volonté criminelle y existe ou n'existe pas ? Comment peut-on distinguer l'intention criminelle de la négligence, là où aucun fait, aucune manifestation n'intervient ?

Toutes ces discussions sont le résultat du silence du Code français. C'est pourquoi Appleton conseille, déjà, d'ajouter au Code pénal un article conçu de la manière suivante : « Quiconque, en présence d'un danger grave et imminent, menaçant une personne, aura sans excuse légitime négligé de lui porter secours, alors que ce secours n'entraînait ni danger ni charge sérieuse, sera puni des peines de l'article 319 du Code pénal, si la personne en danger est morte faute de ce secours, etc. » (c'est donc la peine de l'homicide par imprudence, qu'il faudrait, selon lui, appliquer) (1).

Le législateur de 1810 a omis ce point de vue. Mais, les idées ayant évolué depuis, la loi du 19 avril 1898 a incriminé un cas spécial d'homicide par omission. Le nouveau texte de l'article 312 prévoit le cas où, par suite de la privation de soins ou d'aliments à l'égard d'un enfant au-dessous de 15 ans, la mort en est résultée. Malheureusement, cette loi ne vise encore qu'un cas particulier ; elle ne pose pas le principe général de l'abstention coupable.

Même dans les législations étrangères, cette lacune est fréquente. L'homicide par omission n'est incriminé que dans quelques codes seulement ; ainsi, le Code du Canada, art. 256-257 ; ainsi encore, le nouveau Code soviétique, art. 164.

(1) Cf. l'article 108, al. 2, du Projet de Code pénal établi par la Commission extraparlamentaire (1930-1932).

Cette lacune des lois criminelles en général est profonde. Et il faut dire, avec M. Appleton, que si le courage ne peut être imposé comme obligation, la lâcheté indifférente ou hostile, voire criminelle ne saurait être un droit.

Mais il y a plus. Il peut s'agir, non plus d'un danger individuel, mais d'un danger commun, public. Les personnes, vivant en société, sont en un état d'interdépendance assez stricte. Il y a à la base de la vie en commun une solidarité, et cette solidarité est inefficace, si elle n'est que négative. Elle doit être positive, en tant que l'apport de secours à d'autres en danger est aussi nécessaire que la prohibition de les *mettre* en ce danger. Cela ne pouvait pas échapper au législateur français : aussi, l'article 475-12° du Code pénal prescrit-il le devoir de prêter secours en cas d'accidents, tumultes, naufrages, inondations, incendies ou « autres calamités ». Il est seulement regrettable que cette disposition soit reléguée parmi les contraventions de simple police (1). Les récents Codes étrangers (projet allemand de 1925, art. 220 ; Code italien, art. 593, al. 2 ; Code yougoslave, art. 249 ; nouveau Code polonais (1932), art. 247) considèrent comme délit le refus de ce secours, — secours qui s'impose dans une société civilisée.

*
* *

L'autre question qui se pose, c'est celle de l'*homicide*

(1) V. aussi les dispositions, sur l'assistance maritime, de l'article 83 de la loi du 17 décembre 1926, portant Code disciplinaire et pénal de la marine marchande. Le défaut d'assistance y est puni de peines correctionnelles.

sur demande, celui commis avec le consentement ou même sur l'ordre de la victime.

On dit souvent que le consentement de la victime rend licite ce que la loi défend. On l'exprime par la maxime : *Volenti non fit injuria*. Cette règle se conçoit surtout dans la matière des crimes et délits contre les particuliers ; mais ici même, une double série de conditions limite son application. D'abord l'idée, qu'on ne peut point déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ; ensuite le principe, que la société a le droit d'apporter des limites au droit de disposition d'une personne sur son corps et ses qualités physiques, et cela en vue d'une meilleure utilisation des énergies individuelles. Par ces raisons, on est unanime à déclarer que le consentement de la victime n'enlève pas à l'homicide son caractère délictuel.

De plus, peut-on dire, la victime d'un homicide, commis avec son consentement ou sur sa demande, ne joue qu'un rôle purement passif. C'est celui qui a donné la mort, qui est l'agent principal ; l'auteur, c'est donc la personne qui a volontairement perpétré l'acte propre à donner la mort. Et cela est si vrai, que le principe s'applique même au médecin qui, sur la demande du malade, incurable, abrège ses souffrances en lui donnant la mort.

D'ailleurs, nous avons énoncé le principe que la complicité ou l'aide au suicide est punissable. Or, dans la majorité des cas, on ne pourra point distinguer, s'il s'agit d'une aide apportée à une personne qui se suicidait, ou si c'était un homicide sur sa demande. Dans les deux cas, le survivant doit être désigné comme le

coupable. Ce n'est pas l'intention seule qui constitue le crime. L'exécution matérielle en est une partie importante. On ne peut pas atteindre celui qui a eu l'intention de s'ôter la vie ; du moins faut-il incriminer la personne qui, loin peut-être de l'état moral et psychologique inhérent à la victime, lui procure la mort avec un sang-froid et un cynisme coupable.

On a fait valoir contre la répression de l'homicide sur demande, que le fait est commis sans intention criminelle, sans méchanceté ; au contraire, c'est souvent par bienveillance, par pitié, que l'agent donne la mort à la victime ; il ne veut point lui nuire. Mais là, on fait une confusion entre l'intention et les motifs. L'intention existe, dès que celui qui commet l'homicide agit en connaissance de cause. D'autre part, des motifs, la loi pénale n'en tient pas compte.

A ce point de vue, il est intéressant de citer l'article 168 du nouveau Code yougoslave, qui distingue justement ce cas spécial, où l'homicide est commis par compassion : dans cette hypothèse, la peine est plus légère.

Une autre question soulevée par Garraud est celle des conventions réciproques de se donner la mort (1). Deux personnes doivent se tuer mutuellement, à la fois. L'une survit. Est-elle coupable d'homicide sur demande ? Oui, et même, d'homicide tout court.

Nous croyons néanmoins qu'une répression aussi sévère ne s'impose pas. Le consentement, la demande de la victime doit être, sinon une justification, tout au moins une circonstance atténuante. C'est d'ail-

(1) Garraud, *op. cit.*, t. V, p. 284.

leurs cette idée que suivent les Codes qui prévoient le cas spécial de l'homicide sur demande.

Ainsi, le fait est incriminé dans le Code allemand (1870), art. 216 ; (projet) art. 247 ; « Celui qui tue un autre sur sa demande expresse et sérieuse, sera puni d'emprisonnement. » De même, Code hongrois, art. 282 ; nouveau Code italien, art. 579 ; projet suisse, art. 101 ; Code hollandais, art. 293 ; puis, les Codes orientaux : japonais, art. 202 ; chinois, art. 290. Nouveau Code polonais, art. 227.

La jurisprudence française, il faut le dire, est constante sur ce point : elle assimile l'homicide sur demande au meurtre ou à l'assassinat, selon les cas. Nous avons déjà remarqué, qu'à notre avis, la répression ainsi appliquée est trop sévère et pourrait avoir pour résultat l'indulgence exagérée du jury.

Quoi qu'il en soit, au point de vue législatif, la lacune subsiste dans le Code. Elle fut comblée par la jurisprudence ; mais elle doit encore l'être par la loi.

*
* *

Egalement en matière d'homicide, nous trouvons encore plusieurs dispositions dans les lois étrangères, qui tranchent utilement des points secondaires ou obscurs, qui, dans le droit français, sont discutés ou incomplètement réglés.

Ainsi, tout d'abord, l'incitation ou la provocation à l'assassinat est incriminée à part par le projet allemand, art. 249 : « Celui qui incite publiquement à un assassinat, sera puni... », et de même, le Code du Canada, art. 266, al. 2 : « Est coupable d'un acte cri-

minel... celui qui conseille ou tente de faire assassiner quelque personne en quelque lieu que ce soit, *bien que cette personne ne soit pas assassinée* en conséquence de ce conseil ou de cette tentative. »

Ces deux Codes punissent aussi le complot en vue de l'assassinat. Projet allemand, art. 251 : « Celui qui s'entend avec un autre au sujet d'un assassinat, sera puni... » (sauf désistement volontaire). Code canadien, art. 266, al. 1 : « Est coupable d'acte criminel celui, qui complotte ou convient avec quelqu'un d'assassiner ou de faire assassiner une autre personne. » L'incrimination se retrouve également dans le droit chinois (art. 288).

Dans un autre ordre d'idées, le projet allemand incrimine celui « qui intentionnellement et sans scrupule met un autre en danger de mort » (art. 243). Le même fait est prévu par le nouveau Code yougoslave : « Quiconque expose une personne en danger de mort, et la laisse sans secours, sera puni » (art. 175). Cf. projet suisse, art. 113.

Dans un autre sens encore, le Code japonais punit, dans une de ses dispositions, la préparation d'un meurtre. Art. 201 : « Celui qui fait un acte, préparatoire pour commettre un des crimes prévus par les articles 199 (meurtre) et 200 (meurtre d'époux et paricide) sera puni... »

Enfin, les Codes belge (art. 392), portugais (art. 352) et autrichien (art. 134) tranchent expressément la question de l'*error personæ*, en qualifiant de volontaire l'homicide, alors même que l'auteur se serait trompé sur la personne de celui qui a été victime de l'attentat.

Voilà donc quelques détails, dus à la précision des

codes plus récents, qui, sans être fondamentaux, aident et facilitent néanmoins le développement et le perfectionnement des systèmes criminels au point de vue de l'incrimination.

2. — LES MENACES.

Le législateur a incriminé la menace dans le but de donner encore une garantie aux citoyens, de leur assurer la paix, en défendant l'ordre et la sûreté sociale, qui peuvent être profondément troublés par telles menaces.

Voilà pourquoi l'article 305 nous dit : « Quiconque aura menacé, par écrit anonyme ou signé, d'assassinat, d'empoisonnement ou de tout autre attentat contre les personnes, qui serait punissable de la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité ou de la déportation, sera, dans le cas où la menace aurait été faite avec ordre de déposer une somme d'argent dans un lieu indiqué, ou de remplir toute autre condition, puni de... »

L'article 306 prévoit le cas où « cette menace n'a été accompagnée d'aucun ordre ou condition », et l'article 307 celui où « la menace, faite avec ordre ou sous condition, a été verbale ». Telles sont les dispositions du Code de 1810. Il n'est pas difficile d'y apercevoir, par suite des précisions trop nombreuses, toute une série de lacunes.

Une première, assez importante, fut heureusement comblée au cours du XIX^e siècle. Le Code n'avait prévu que les menaces de délits punis de peines perpétuelles ou de la peine de mort. C'était évidemment insuffisant.

Aussi le législateur de 1863 a-t-il complété le système, en insérant dans l'article 308 la disposition, selon laquelle « quiconque aura menacé verbalement ou par écrit, de voies de fait ou violences non prévues par l'article 305, si la menace a été faite avec ordre ou sous condition, sera puni ... »

Même avec cette rectification, les incriminations du Code restent incomplètes.

Tout d'abord, après la loi de 1863, encore, les menaces de délits autres que ceux qui sont punis de peines perpétuelles, restent impunies, si elles ne sont pas accompagnées d'ordre ou de condition (V. art. 308). Supposons donc un parent, qui est menacé par écrit ou verbalement, du rapt de son enfant, mais sans ordre ni condition ? La personne menacée n'aura pas de moyen de défense contre le malfaiteur ; la loi ne la protège pas.

Ensuite, supposons une menace, d'un attentat emportant peine perpétuelle. Elle est faite verbalement, sans ordre ni condition ; l'auteur ne tombe pas sous le coup de la répression pénale, puisque le Code ne punit la menace inconditionnelle que si elle est faite par écrit.

Puis, la menace peut encore être dirigée contre l'honneur de la personne. Or, une diffamation, une calomnie, ne sont pas des voies de fait, ni des violences. L'auteur de ces menaces échappera donc à la peine.

D'autre part, le Code n'incrimine point les menaces d'atteinte à la propriété (sauf l'art. 436, incendie par mine ou explosif). Et pourtant, n'est-il pas nécessaire de protéger quelqu'un aussi bien contre la menace « je vais te ruiner la maison » que contre celle « je vais

te tuer » ? C'est certainement un oubli du législateur, oubli dont les conséquences sont graves surtout aujourd'hui, que les biens, la propriété, jouent souvent un rôle plus important que la vie humaine.

Une autre lacune importante résulte de ce que le Code français ne prévoit que les menaces faites par écrit ou oralement. Il n'a pas conçu la possibilité de menaces symboliques, ou résultant de gestes. Il est certain, que ces menaces par symboles ou emblèmes ne peuvent être comprises par toute personne. Pourtant, il y a des cas où, par suite de la compréhension des signes, le danger est tellement évident et prouvé, que la loi devrait intervenir, pour atteindre le coupable. Voilà pourquoi le Code belge, dans son article 329, a considéré nécessaire d'incriminer cette sorte de menaces.

N'est pas réprimée non plus la menace par simples gestes. Celui par exemple, qui après avoir vu refuser sa demande ou sa prétention, part, sans mot dire, en montrant un revolver à un autre, ne trouble-t-il pas la sécurité et la paix du menacé ? M. Garçon même y voit une lacune du droit français (1). Tout au plus, ces menaces pourront-elles être réprimées comme voies de fait.

De pareilles lacunes sont impardonnables dans la législation d'un pays civilisé, qui a la vocation et le devoir d'assurer l'ordre social et la tranquillité de ses habitants. L'imprévoyance du législateur a pour résultat de favoriser les agissements des malfaiteurs.

Toutes ces lacunes du Code, relatives aux menaces,

(1) Code pénal annoté, art. 305-308.

pourraient être comblées, par l'insertion de termes généraux dans la loi, ou bien en complétant les dispositions existantes. Le premier système est généralement préférable, car les précisions, quelque minutieuses qu'elles soient, ne peuvent pourtant pas prévoir tous les cas possibles. C'est pourquoi les Codes étrangers modernes l'ont, en majorité suivi. Ainsi, le Code japonais, dans un article bref, mais clair, art. 222 : « Celui qui menace d'apporter une atteinte à la vie, au corps, à la liberté, à la réputation ou à la propriété d'une personne, sera puni... » ; d'une manière semblable, le projet allemand, art. 278, qui est encore plus succinct : « Celui qui menace un autre d'une infraction, sera puni... » De même, le Code italien, art. 612 : « Celui qui menace un autre d'un dommage injuste, sera puni... » Les formules sont donc très larges. Plus précis, mais également général est l'article 671 du Code Saldana. « Celui qui menacerait un tiers de lui causer à lui-même ou aux membres de sa famille, en leur personne, en leur pudeur ou en leur propriété, un mal constituant un délit, sera puni. » Si le mal *n'est pas un délit*, le Code exige l'ordre ou la condition (art. 674). Cf. encore Codes chinois, art. 319 ; canadien, art. 265, etc.

Dans le Common law anglais, on prévoit à côté des menaces (threats), l'attaque menaçante (assault), l'intimidation, la molestation et l'influence injuste (undue influence). La liberté morale est donc multiplément protégée.

Il y a au contraire des Codes qui ne font de la menace qu'une circonstance aggravante (vol, viol, etc.), comme le Code hongrois, par exemple. Mais l'incrimi-

nation spéciale est certainement préférable ; nous avons vu, qu'elle est nécessaire.

* * *

Egalement en matière de menaces, on pourrait songer à incriminer l'extériorisation de la pensée criminelle, de l'intention de commettre un crime. Ces extériorisations sont de nature, tout comme les menaces directes, à troubler d'une façon grave la tranquillité publique.

Supposons quelqu'un, A, qui s'adresse à une autre personne, B, pour lui demander du poison en vue de tuer une troisième, C. La personne sollicitée, B, refuse de procurer le moyen de cet assassinat, et en même temps, prévient C de l'intention coupable d'A. Or en ce cas C, victime présumptive, n'aura aucun moyen légal de se protéger. La demande de poison ne constitue pas la tentative ; donc, — *nullum crimen sine lege* — on ne peut pas atteindre celui qui n'a que des pensées criminelles. Il faudrait que les individus pussent, dans ce cas, être protégés par la loi.

Nous avons quelques dispositions spécifiques dans quelques Codes étrangers ; ainsi, comme nous l'avons vu, les complots d'homicide (Allemagne, Canada), les préparatifs (Japon) sont parfois incriminés. Mais nous ne voyons pas de dispositions générales. On a dit que c'est la police, et non la loi pénale, qui doit intervenir dans ces cas. Mais nous croyons que la police est impuissante, si elle n'a pas une base juridique pour agir. La sûreté publique gagnerait certainement à l'incrimination de ces actes coupables.

Car toujours, il vaut mieux prévenir que réprimer.

3. — LES COUPS ET BLESSURES.

Le Code français, dans ses articles 309-313 et 316-317, prévoit et incrimine les coups et blessures, violences et voies de fait, castration et administration de substances nuisibles (1). Ces textes, bien que détaillés et révisés depuis la confection, ne sont pas à l'abri de toute critique. Ici comme ailleurs, le droit des autres pays nous montre que le législateur français n'a pas songé à incriminer des faits qui, pourtant, ont le caractère délictueux.

La matière des coups et blessures étant néanmoins bien réglementée, nous ne pouvons pas esquisser ici une étude des lacunes en général. Il faut rechercher, spécialement pour chaque cas, les insuffisances qui se présentent.

D'abord, en ce qui concerne les *moyens* de coups et blessures. Le législateur de 1810 n'a prévu que les coups et blessures matériels, et celui de 1863 y a ajouté les violences et les voies de fait. Mais encore aujourd'hui, la lacune subsiste en ce qui concerne les moyens moraux, qui néanmoins peuvent occasionner, sinon des blessures, au moins de véritables maladies : paralysie, troubles de l'intelligence ou de l'activité. Il n'est pas rare de voir s'effondrer le système nerveux de quelqu'un, par suite de l'effroi, de la furie ou du chagrin qu'on lui a causés. Un tel procédé ne peut certainement être classé ni parmi les coups et blessures, ni parmi les voies de fait. Il reste donc en dehors de la répression pénale. Se limiter uniquement

(1) De l'avortement, nous nous occuperons après.

à la répression des moyens purement physiques, des faits matériels, c'est ne pas tenir compte des nombreuses causes morales susceptibles d'atteindre la personne physique de la victime.

■
* *

En ce qui concerne les *mauvais traitements*, par fait positif ou par omission, l'article 312 (révisé en 1898) n'incrimine que les mauvais traitements envers les mineurs. Il réprime, ici, un délit de commission par omission, cas exceptionnel dans le droit français ; mais l'insuffisance réside dans le fait de n'avoir visé que les mineurs. Il aurait été équitable de prévoir en même temps les mauvais traitements et le défaut de soins envers les majeurs infirmes ou incapables. C'est en ce sens que les récents Codes étrangers ont disposé : projet allemand, art. 265 ; Code turc, art. 477-478 ; Code du Canada, suivant le droit anglais, art. 242-244 ; de même, Code du Dakota, art. 267-277. Le nouveau Code italien, art. 572, déclare : « Quiconque maltraite une personne de la famille, ou un mineur de 14 ans, ou une personne soumise à son autorité ou à lui confiée pour raison d'éducation, instruction, soins, surveillance ou garde... » sera puni. Le Code français devrait suivre ces dispositions, utiles autant au point de vue social qu'au point de vue pénal.

Parallèlement, nous trouvons une disposition intéressante dans le récent Code yougoslave (Givanovitch) : l'article 185 punit celui qui a imposé à une personne sous son autorité un surmenage intellectuel

ou physique, d'où ont résulté des conséquences nuisibles pour le corps ou la santé de cette personne. En ce sens encore, le projet suisse (1929), art. 119, prévoit et punit l'abus de la force de travail des enfants ou personnes placées sous la dépendance d'autrui.

*
* *

Dans son article 316, le Code français punit la *castration*. Cette disposition est à la fois superflue et insuffisante. Superflue, parce que la castration entre très naturellement parmi les coups et blessures de l'article 309, et nous ne sommes plus au temps où, comme chez les Romains, une incrimination spéciale était nécessaire ; insuffisante, parce que son application aux femmes est discutable. Les Codes étrangers ont aperçu cet inconvénient, et incriminent au lieu de la castration, l'enlèvement de la faculté de procréation. Code italien, art. 552 : « Procurata impotenza alla procreazione... su persona dell'uno o dell'altro sesso » ; le Code hongrois, art. 303 ; le Code roumain, art. 240 ; le Code yougoslave, art. 178-5°, la rangent parmi les coups et blessures ayant pour résultat une mutilation, infirmité, etc. ; cf. le Code allemand (1870), art. 224 ; de même le Code espagnol, art. 530. Cette idée d'incriminer plutôt la perte des facultés génératrices, que l'acte barbare de la castration, est beaucoup plus conforme aux conceptions d'aujourd'hui.

*
* *

Plusieurs législations prévoient le cas spécial où les coups et blessures étant infligés à une femme enceinte, la femme, par suite de ces mauvais traitements, a perdu son enfant à naître. Le Code français est encore muet sur ce point, et dans la pratique il faut faire rentrer le fait dans l'article 317, al. 1^{er}, comme constituant l'avortement, bien qu'il ne le soit pas à proprement parler. D'autre part, il est difficile de qualifier ce fait de mutilation, amputation ou infirmité ! Le Code pénal roumain, art. 240 ; le Code espagnol, art. 526 ; le Code hongrois, art. 304, incriminent ainsi séparément ce fait.

*
* *

Etant donné que la loi française vise une atteinte au corps, elle n'incrimine pas une série de faits qui, sous le nom d'« *assault* » (agression), tombent sous le coup de la loi pénale anglaise. Est considérée comme « *assault* » toute *tentative* d'infliger à une personne des voies de fait, même les plus légères, même si la tentative n'a pas réussi ; ainsi, la menace par gestes (pistolet). Si la tentative a réussi, le délit devient « *battery* ». Quant aux légères voies de fait, Stephen nous donne les intéressants exemples suivants : Une personne coupe les habits d'une autre, qui les porte, sans même atteindre ou vouloir atteindre son corps ; une personne excite un chien, qui mord une autre personne ; un homme emploie diverses ruses pour pouvoir déshabiller une fille, sans toucher à sa personne. Ce sont là de petites infractions quotidiennes,

qu'il n'est pas tout à fait inutile d'incriminer. Cf. Canada, art. 290-291 ; Dakota, art. 285-286 (1).

D'autres Codes prévoient d'autres faits.

Les Codes japonais, art. 206, et chinois, art. 299, incriminent l'incitation aux coups et blessures : « Celui qui encourage l'auteur, au lieu et au moment de la perpétration de l'infraction prévue aux articles..., sera puni, même si lui-même n'a pas participé aux blessures ou à l'atteinte à la santé... » Le Code canadien punit les lésions corporelles *par omission ou abstention*. Art. 284 : « Est coupable d'un acte criminel... quiconque, par un acte illégal, ou en faisant négligemment, ou en s'abstenant de faire quelque chose, qu'il est tenu de faire, cause à quelqu'un une lésion corporelle ».

Le projet allemand tranche deux points, d'une importance particulière, qui sont discutés par la jurisprudence des autres pays : l'article 263 : « Les interventions et les traitements qui rentrent dans l'exercice consciencieux d'un médecin, ne sont pas des blessures ou des mauvais traitements au sens de la loi ». Et l'article 264 : « Celui qui commet une lésion avec le consentement du lésé, ne sera puni que si le fait est, malgré l'accord de la victime, contraire aux bonnes mœurs » (2). On voit dans ces deux articles, la consécration de l'idée moderne de la « permission de la loi ».

Enfin, quelques intéressantes dispositions encore du

(1) Il faut pourtant remarquer que ces actes constituent des voies de fait aux yeux de notre jurisprudence (V. Introduction à la 2^e partie).

(2) Ce cas est appliqué aux combats sportifs.

Code canadien, art. 281, qui incrimine la tension de pièges contre un homme ; et l'article 282, qui punit celui « qui dans l'intention de blesser ou de mettre en danger la sûreté d'une personne voyageant ou se trouvant sur un chemin de fer », commet des actes, — minutieusement énumérés, — dans ce but.

Ceci en matière de coups et blessures proprement dits.

*
* *

En ce qui concerne *l'administration des substances nuisibles*, le Code prévoit des substances qui, sans être de nature à donner la mort, sont nuisibles à la santé. Il n'a pas incriminé le cas où ces substances vont néanmoins occasionner la mort. Cette éventualité est prévue par le Code hongrois, art. 309 ; le Code allemand (1870), art. 229 ; le Code belge, art. 404. Cette lacune est d'ailleurs de moindre importance, étant donné que le fait peut tomber sous le coup de l'article 309, alinéa dernier du Code pénal français.

On peut remarquer ici encore la disposition de l'article 276 (b) du Code du Canada, en vertu de laquelle « est coupable d'un acte criminel... quiconque... applique ou administre, illégalement, ou fait prendre, ou tente d'appliquer ou administrer, ou tente de faire administrer ou de faire prendre à quelqu'un (1) du chloroforme, du laudanum, ou d'autre drogue, matière ou substance stupéfiante ou soporifique », pour

(1) On remarquera la minutie avec laquelle la loi prévoit chaque forme d'action ou de tentative.

commettre ou aider à commettre un acte criminel.
Disposition bien utile dans le nouveau monde !

* * *

Un autre fait, d'une importance plus grande, qui n'a pas été prévu séparément par le législateur français, mais qui, néanmoins, est très fréquent dans la pratique, c'est *la rixe*. L'article 313 parle bien de bandes ou réunions séditieuses, mais ce n'est pas la rixe, telle que celle-ci existe dans les autres législations qu'il prévoyait.

Les rixes, conséquence de la nature belliqueuse des hommes et qui, de tous temps, ont été nombreuses, ont mis les criminalistes devant deux questions importantes. D'abord : une personne est morte, victime d'une rixe, par suite d'une seule blessure. On connaît ses agresseurs, mais on ne sait pas qui est l'auteur du coup fatal. Doit-on les laisser impunis tous, pour ne pas punir des innocents, ou doit-on les poursuivre, pour que le coupable ne puisse échapper d'aucune façon ? Ou bien, second cas : Quelqu'un est mort par l'effet de plusieurs blessures concomitantes. Aucune n'était mortelle, mais toutes ensemble ont occasionné la mort. Doit-on punir tous les auteurs, comme des meurtriers ? Laisser impuni l'homicide, pour ne réprimer que les blessures ? Les questions, comme on le voit, sont oiseuses.

La première solution fut donnée par les Romains, dans le Digeste, *ad. leg. Corneliam de Sicariis* (17.48.8) : « *Si in rixa percussus homo perierit, ictus unius cuiusque in hoc collectorum (contemplari) oportet* ».

Bartole estime que dans le premier cas, tous les agresseurs doivent être présumés avoir fait la blessure ; dans le second, tous doivent être punis pour homicide. Contre cette solution trop rigoureuse, les post-glossateurs italiens demandent une peine moins sévère que celle de l'homicide. La Caroline CXLVIII a une disposition spéciale pour l'homicide commis dans une « batterie, émeute ou combat » (« jn morden, schlagen vnd rumoren »). Tous les agresseurs sont incriminés sans distinction. Le droit des Etats allemands et le droit italien, évoluèrent dans ce sens, pendant que le droit français n'incriminait pas la rixe. .

Aujourd'hui on trouve les incriminations suivantes :

Dans le Code allemand (art. 227, al. 1^{er}) : « Si dans une rixe ou dans une agression, faite par plusieurs, la mort d'un homme ou une blessure grave a été occasionnée, chacun de ceux qui ont participé à cette rixe, est punissable... » déjà pour la participation (à moins qu'il n'y ait été mêlé sans sa faute). Plusieurs, c'est au moins trois personnes (cf. droit hongrois). Puis (art. 227, al. 2) : « Si l'une des conséquences indiquées est due à plusieurs blessures qui l'ont causée non pas séparément, mais seulement par leur concours, chacun, à la charge duquel incombe une de ces blessures, sera puni... » Le projet, art. 266, ne reproduit que le premier alinéa (Raufhandel). Ces dispositions sont assez équitables, vu la difficulté d'établir d'une manière précise la relation de cause à effet. Toute la théorie de la rixe est due à cette difficulté.

La solution du droit allemand se retrouve dans le Code autrichien, art. 143, 157 ; le Code hollandais, art. 306 ; le Code hongrois, art. 308. Cf. Code chinois, art. 300.

Le nouveau Code italien, bien entendu, incrimine la rixe, étant donné que l'Italie fut la patrie de toute cette théorie « della rissa ». Ainsi l'article 588 : « Quiconque participe à une rixe, est puni... Si quelqu'un trouve la mort dans la rixe ou en rapporte une lésion personnelle, la peine, par le seul fait de la participation est de... »

L'ancien article 378 (1889) auquel fut substitué ce nouvel article, était basé sur la théorie de la « complicité corespective » (Cette théorie est née et fut introduite dans la pratique napolitaine. D'après elle, si un délit est commis par plusieurs, et que l'on ne sache pas qui l'a commis, on suppose que tous étaient complices l'un de l'autre). C'est encore le fondement de l'article 157 du Code autrichien. Mais dans le nouveau Code italien, la participation à la rixe est incriminée comme délit spécial, ce qui est très utile pour éviter les difficultés ultérieures de preuve.

Dans le même sens, on peut mentionner encore le Code turc, art. 466 ; le Code yougoslave, art. 184.

La rixe est généralement plus sévèrement punie, s'il y avait usage d'armes (projet allemand, art. 267 ; Turquie, art. 466).

En droit français, la rixe n'est pas prévue comme délit spécial. La théorie de la complicité corespective n'y est pas consacrée. Il faudra donc, dans tous les cas, recourir aux règles du droit commun (art. 295-298, 309-313), avec tous les ennuis de la difficulté de

preuve et de l'établissement du rapport de causalité. Ce n'est guère pratique. Et il est souhaitable que la Commission de réforme du Code s'inspire des principes acceptés à l'étranger.

4. — L'AVORTEMENT

Sans discuter ici le bien fondé ou la raison de l'incrimination de l'avortement, ce que nous ferons dans notre troisième partie, nous la supposons juste pour l'instant, et comme telle, nous devons envisager les lacunes du Code à ce point de vue.

Le Code pénal punit (art. 317) l'avortement procuré à la femme enceinte par des tiers de la même façon, qu'elle y ait consenti ou non. Il y a là une erreur certaine.

Il est évident qu'il faudrait qu'il y eût deux incriminations distinctes. Assimiler quelqu'un, qui aide une femme à se faire avorter, à quelqu'un qui commet ce fait contre la volonté de celle-ci, c'est ne pas se rendre compte de la différence fondamentale qui existe entre les deux délits. C'est presque, pour prendre un exemple analogue, la même chose qu'assimiler un médecin qui, par suite d'une opération mal réussie donne la mort à un malade, à un meurtrier.

La femme qui se fait avorter peut avoir de sérieux motifs de honte, de pudeur, de prestige pour commettre l'acte. Mais celui qui l'y contraint, c'est un criminel qui agit, le plus souvent, par intérêt pécuniaire ou par brutalité.

Supposons que la femme meure par suite de l'avor-

tement. Dans le premier cas, ce sera un suicide, dont celui qui a procuré l'avortement peut être qualifié aide ou complice ; il pourra encore être poursuivi sous l'inculpation d'homicide sur demande. Mais, dans le second cas, le fait se rapproche vraiment d'un meurtre. Ces deux délits ne peuvent donc pas être assimilés.

Les Codes étrangers ne l'ont point fait. La double incrimination, nous la trouvons dans le Code allemand (1870), art. 219-221 ; dans le projet, art. 253, al. 2 et 4 ; dans le Code hongrois, art. 285 et 286 ; dans le Code belge, art. 348-349 ; dans le nouveau Code italien, art. 545-546 ; dans le Code espagnol, art. 525 ; etc. Même le droit de la Russie soviétique (art. 146), et le récent Code de l'Esthonie, qui permettent l'avortement volontaire, répriment l'avortement procuré contre la volonté de la femme.

Plusieurs Codes prévoient, d'autre part, le cas où l'avortement a eu comme suite la mort de la femme. Ainsi, on rencontre cette incrimination dans le Code allemand, art. 220 ; le Code hongrois, art. 286 ; le Code italien, art. 549 ; et même dans le Code roumain, qui pourtant est la copie du Code français : art. 246, alinéa dernier.

Le projet allemand incrimine au surplus le fait de procurer l'avortement « d'une manière professionnelle », pour lequel, tout naturellement, il prévoit une peine plus grave (art. 253, al. 4).

Le nouveau Code yougoslave fait une distinction intéressante — peut-être pas tout à fait justifiée — entre le cas où l'avortement est le fait d'une mère légitime, et celui où il est le fait d'une mère naturelle

(dans ce dernier cas, la répression est moins sévère).

Enfin, le Code italien prévoit, comme délit spécial, l'incitation à l'avortement (art. 548).

Si, en effet, l'avortement doit être réprimé, ces faits, non incriminés dans un Code qui le prévoit, doivent être considérés comme des lacunes. C'est le cas de la loi française. Mais nous allons examiner *infra* si l'impunité de l'avortement ne serait pas préférable, et dans quelle mesure.

5. — LES ATTENTATS AUX MŒURS.

En ce qui concerne ce groupe de crimes et délits, le Code pénal incrimine, dans ses articles 330 et suivants : 1^o l'outrage public à la pudeur ; 2^o l'attentat à la pudeur ; 3^o le viol ; 4^o l'excitation habituelle à la débauche ; 5^o la traite des blanches. Quant à la bigamie et l'adultère, ces délits appartiennent plutôt au groupe des délits contre l'organisation et la morale familiales, et nous en parlerons à ce propos. Les autres délits forment seuls la classe des attentats aux mœurs proprement dits — ce que les Allemands appellent « Unzucht » (= immoralité, luxure).

Nous avons parlé, dans notre première partie, des relations antiphysiologiques ; nous n'y revenons donc pas. Il reste à rechercher les insuffisances qui se présentent dans le cadre des dispositions du Code.

En ce qui touche, premièrement, *l'outrage public à la pudeur*, il faut remarquer que la loi ne punit que le scandale, causé par la publicité de l'acte. L'outrage à la pudeur, commis sans publicité, c'est-à-dire dans

un lieu privé, ne sera pas puni, même s'il y a un public volontaire qui y assiste. Cette distinction nous paraît juste, étant donné que la loi ne doit sauvegarder que la moralité publique ; elle n'a pas à réprimer le vice, comme le dit Garraud. Néanmoins, il y a des auteurs (1) qui s'élèvent avec véhémence contre cet « oubli du législateur », qui n'incrimine pas les « innombrables spectacles contraires aux bonnes mœurs... bien que nous y trouvions les plus dangereux foyers de la propagation du vice et de la dépravation ». Nous croyons pourtant que cette affirmation est exagérée. Les mœurs de nos temps sont trop avancées, ou même trop libres, pour qu'on puisse réprimer pénalement un spectacle plus ou moins luxurieux. Le sentiment de pudeur publique n'est pas offensé par ces spectacles en lieu privé ; dès lors, rien à punir.

En tout cas, pourrait-on incriminer l'outrage public à la pudeur, même en lieu privé, si les actes sont commis en but de corrompre des enfants. Dès ce moment, ce n'est pas seulement la moralité publique, mais l'éducation des enfants qui est à protéger. C'est en ce sens que dispose l'article 530 du Code Rocco (« *corruzione di minorenni* ») : « Quiconque... commit des actes de débauche sur la personne ou *en présence* de mineurs de 16 ans, est puni »,... « la même peine pour celui qui induit une personne mineure de 16 ans à commettre des actes de débauche (« *atti di libidine* »)... » Cf. projet allemand, art. 299. Cette

(1) Pella, *op. cit.*, p. 319 sq.

protection est très utile, et elle serait souhaitable en France aussi.

*
* *

Deuxièmement, le Code français incrimine l'*attentat à la pudeur* sur la personne des mineurs (art. 331) ou des majeurs (art. 332). Mais pour que l'attentat à la pudeur commis sur des majeurs de plus de 13 ans soit punissable, la loi demande l'emploi de la violence. Cette exigence ouvre une large voie à l'abus de la part de ceux qui voudront déjouer la loi, puisque c'est la violence seule qui est prévue comme prêtant le caractère délictueux à l'acte. C'est d'ailleurs la même question qui se pose pour le *viol*.

Et tout d'abord, la loi française ne punit pas celui qui, en vue d'un attentat à la pudeur ou d'un viol, emploie, pour obtenir le consentement de sa victime, le moyen de la *séduction*. En effet, la séduction n'est punie que si la fille ravie est mineure de 16 ans (art. 335). Des filles plus âgées, le Code s'en désintéresse. Or, la personne séduite n'étant pas protégée par la loi pénale, ne possédant qu'une éphémère action civile en quelques cas, recevra très rarement une réparation équitable. L'impunité des séducteurs aura d'autre part pour conséquence néfaste la prostitution, le suicide, l'infanticide, l'avortement ou encore toute une série d'infractions possibles, causées par la misère ou la honte dans laquelle tombe la victime. De plus, les enfants éventuellement nés de ces relations malheureuses, auront également leur part de misère et de démoralisation.

Plusieurs Codes étrangers n'ont pas négligé cette question, et ont incriminé la séduction, même pour les majeures : Code allemand (1870), art. 235-238, projet, art. 276, 261 ; Code italien, art. 522-523, 526. Ainsi encore, les Codes espagnol, art. 612 ; turc, art. 423 ; chinois, art. 315, etc. (Le projet suisse (révision 1929) incrimine, dans son article 184 *bis*, l'abandon, par un homme, d'une femme enceinte de ses œuvres, ce qui est le plus souvent le résultat d'une séduction).

Mais ce n'est pas seulement la séduction qui échappe à la répression. Le Code ne prévoit pas la violence *morale* qu'on peut employer vis-à-vis d'une personne. Le fait de menacer quelqu'une, d'arracher par ces moyens son consentement, d'exercer sur elle une contrainte morale pour la déterminer à consentir à certaines relations, ne tombe pas sous le coup de la loi pénale française. Or, en face d'une pareille contrainte morale — abus d'autorité, par exemple — la victime est encore plus impuissante que vis-à-vis de la violence physique (c'est pourquoi, d'ailleurs, la jurisprudence a assimilé à la violence la contrainte morale et le défaut de consentement) (1). Les législateurs étrangers, au contraire, n'ont pas abandonné à la jurisprudence le soin de faire cette assimilation. Ils l'ont faite eux-mêmes. Ainsi, le Code italien, art. 519, 523 ; le projet allemand, art. 282-283 ; le Code hongrois, art. 232 ; espagnol, art. 598 ; autrichien, art. 125 ; yougoslave, art. 275 ; de même, les

(1) Voir, quant à la jurisprudence, les remarques dans l'introduction de cette 2^e partie.

Codes orientaux : japonais, art. 176 ; chinois, art. 241-242, etc.

De plus, comme nous l'avons montré en étudiant la contrainte, il y a des cas où, sans que la violence soit mise en question, la victime ne peut point se défendre, par suite de son état de maladie, de faiblesse mentale, d'inconscience, que l'auteur du délit a causé ou dont il a simplement abusé. La même situation se présente en cas d'ivresse.

Si le Code français est muet, les autres ne le sont pas ; mais ayant déjà cité, à propos de la contrainte, les textes étrangers, dont la plupart s'appliquent justement à l'hypothèse en question, nous croyons qu'un renvoi à ces citations suffit. On peut seulement remarquer ici que le projet allemand, art. 284 et 285, a incriminé tout à fait séparément, sous le nom de « Schändung » (= souillure, honte) le fait d'abuser d'une femme « inconsciente, malade d'esprit ou incapable de résistance à cause de faiblesse d'esprit ou par autre raison », pour commettre un attentat à la pudeur ou un viol sur sa personne (cf. l'art. 159 du projet suisse).

En dehors de toute contrainte ou violence, l'attentat à la pudeur ou le viol peuvent se commettre également à l'aide de la fraude, de la tromperie, qui induisent la victime en erreur. C'est ce que prévoient plusieurs Codes, comme le Code pénal hongrois, art. 245 : « Celui qui feint d'être le mari d'une femme et abuse de l'erreur de cette femme pour s'unir charnellement avec elle, sera puni pour attentat à la pudeur... » Le même cas est prévu dans les Codes de Norvège, art. 194 ; Danemark, art. 172 ; Chine,

art. 244 ; Yougoslavie, art. 271 ; Allemagne (Code de 1870), art. 179.

Egalement en ce qui concerne l'attentat à la pudeur, il faut mentionner l'article 271 du projet allemand de 1925, qui punit la provocation à la luxure (Unzucht) : « Celui qui publiquement, d'une manière offensant les mœurs ou l'honneur, ou autrement gênante, provoque ou s'offre à la luxure, sera puni ».

Tout cela, c'est du droit positif, et ces dispositions sont très utiles à une époque où l'on assiste à une régression de la moralité publique, régression qui, faute d'être enrayée, pourrait avoir des conséquences tristes.

*
* *

En troisième lieu, le Code (art. 334) incrimine *l'excitation habituelle à la débauche et la traite des femmes et des filles*.

Sous la qualification d'excitation à la débauche, la loi a, indubitablement, voulu réprimer le proxénétisme aussi. Malheureusement, elle ne l'a fait que vis-à-vis des personnes mineures (c'est-à-dire si c'est un mineur qui est excité à la débauche). Cette lacune a des conséquences d'autant plus déplorables que c'est généralement après leur majorité, lorsqu'elles ne seront plus soumises à la surveillance de leurs parents, que les jeunes gens risqueront le plus d'être entraînées vers la débauche. Cette différence faite entre les mineurs et les majeurs — nous pensons surtout à ceux qui viennent de le devenir — est injustifiée. L'individu qui profite de l'inexpérience d'un jeune

« majeur » est aussi coupable que celui qui corrompt des « mineurs ».

Au point de vue historique, le droit romain punissait comme infractions indépendantes le proxénétisme professionnel et la gestion d'une maison publique. L'ancien droit, en général, ne connaît pas l'incrimination du proxénétisme. Mais la Caroline (CXXII-CXXIII) punit le *lenocinium qualificatum* (excitation à la débauche, de la part du père ou du mari, de son enfant ou de sa femme) et le *lenocinium simplex* (qui correspond au proxénétisme). L'ancien droit roumain consacrait les mêmes principes.

Depuis, le proxénétisme est devenu un délit *sui generis*. De l'espèce de complicité (par rapport à l'adultère et au stuprum) qu'il était chez les Romains, il s'est transformé en une infraction spéciale.

Aujourd'hui, au point de vue des intérêts protégés, les législations varient. Dans les Codes latins (français ; italien, art. 531 ; belge, art. 379) le proxénétisme ne constitue un délit que lorsque les victimes sont des personnes mineures ou incapables. La loi, dit Garraud, a plutôt pour but de protéger la jeunesse inexpérimentée, que de punir l'immoralité des proxénètes et de protéger ainsi la décence publique elle-même (1). Au contraire, dans le système allemand, la « Kuppelei » est incriminée comme telle ; l'excitation à la débauche, la gestion d'une maison publique sont punies par le Code allemand comme des délits contre la moralité publique (Code 1870, art. 180-181 ; projet, art. 304-307). Le droit allemand y com-

(1) Garraud, *op. cit.*, t. V, p. 449.

prend d'une part l'entremise, et d'autre part tout fait de permettre ou de faciliter l'occasion de la débauche. Encore faut-il remarquer que l'habitude n'est pas requise. Dans le même sens disposent : le Code yougoslave, art. 281 ; le projet suisse, art. 173 ; les Codes du Japon, art. 182, de la Chine, art. 246 ; de la Turquie, art. 235-236 ; le Code canadien, art. 215-216.

D'ailleurs, si la loi française ne vise que l'excitation à la débauche des mineurs, elle incrimine utilement la traite des femmes et des enfants (cf. art. 177 du projet suisse). En incriminant l'embauchage en vue de la débauche, la loi atteint encore les proxénètes. D'autre part, en réprimant l'embauchage, la rétention dans une maison de débauche, la contrainte à la prostitution, le législateur français a cherché à apporter une entrave à celle-ci.

La prostitution, en effet, n'est pas et ne peut pas être punie. Le fait de disposer de son corps, de quelque manière que ce soit, ne peut être considéré comme constituant un délit. Il est vrai que quelques Codes de la Suisse la punissent encore, mais cela reste exceptionnel. La prostitution doit être réglementée, mais non réprimée. Elle doit avant tout être prévenue, et cela justement par l'incrimination des faits d'excitation, de contrainte, d'embauchage en vue de la débauche. C'est ainsi que le Code (art. 181), tout comme le projet (art. 304) allemands prévoient : « Est considéré comme proxénétisme, surtout le fait de tenir une maison de tolérance ou une exploitation pareille. » Ce fait est donc puni, même sans qu'il y ait de l'excitation à la débauche.

Dans la question de la traite des femmes et des enfants, la conférence, pour l'unification du droit pénal, de Paris (1927), a posé plusieurs règles pour mieux assurer la répression de la traite au point de vue international. Mais il s'agit là plutôt de perfectionner le système répressif que de compléter celui de l'incrimination.

En dehors du proxénétisme et de la traite des femmes, le Code et le projet allemands punissent spécialement ce qu'on appelle en France « vagabondage spécial » ou « souteneurs » (« *Zuhälterei* »). Ce délit consiste dans l'exploitation de la situation de dépendance dans laquelle la fille soumise se trouve à l'égard de son protecteur ; en raison de son état juridique et social, d'une part ; et d'autre part, dans la protection intellectuelle ou intéressée accordée à une prostituée quant à l'exercice de son métier immoral, ou dans le fait de la favoriser d'une autre façon.

En droit français — le Code étant muet sur le fait — c'est la loi du 27 mai 1885, sur les récidivistes qui, dans son article 4, prévoit le vagabondage spécial. La réglementation actuelle date de la loi modificative du 27 décembre 1916.

« Sont considérés comme souteneurs, dit l'article 4, ceux qui aident, assistent ou protègent habituellement le racolage public en vue de la prostitution d'autrui pour se partager les profits. » Il en ressort très clairement que la loi ne vise que la deuxième qualification de « souteneurs », puisqu'elle exige protection, aide ou assistance au racolage. Au contraire, celui qui, simplement, tire ses ressources de l'industrie

d'une prostituée, sans intervenir d'aucune manière active, ne tombe pas sous le coup de cette loi.

Le projet allemand (art. 309) et le projet suisse (art. 176) ont eu soin d'incriminer à la fois les deux sortes d'actes, en les distinguant. Ainsi, le projet allemand porte : « Un homme qui tire sa subsistance partielle ou totale, en exploitant les gains de la débauche d'une femme qui se livre à la débauche avec autrui, ou qui protège ou aide une telle femme, dans l'exercice de la débauche, à titre habituel ou pour en tirer profit, sera puni... »

Le souteneur — dit l'exposé des motifs du projet — rentre dans la catégorie des hommes socialement les plus dangereux et les plus violents ; la profession de souteneur est le sol fertile pour les délits de toute sorte ; ce qui fait qu'une grande partie des criminels se recrutent parmi les souteneurs, ou trouvent chez eux habituellement refuge et complicité. On reconnaît ce fait de plus en plus clairement.

En France, par contre, la protection, aussi nécessaire, n'est pas complète. Lorsque la loi de 1885 est inapplicable, il faudra recourir à l'article 334-4^o du Code pénal (s'il y a fraude, violence ou menace) ; la simple « Zuhälterei » reste libre.

Le premier devoir du législateur sera, en réformant le Code pénal, de compléter et de perfectionner les incriminations relatives aux attentats aux mœurs. On ne peut pas laisser à la jurisprudence, souvent hésitante, le soin de se débrouiller ; la loi doit prévoir les questions de pareille importance.

C'est l'avenir social, moral et hygiénique qui en dépend.

6. — CRIMES OU DÉLITS CONTRE LA FAMILLE.

Les Codes étrangers les plus récents ont concentré, sous cette rubrique, cette dénomination, les délits qui portent atteinte à l'organisation familiale, à la morale ou à l'intégrité de la famille. A notre époque, où la famille reste le point de départ de l'activité sociale, morale et économique de la société, il est indispensable de prévoir les faits qui pourront y porter atteinte.

Bien que le Code pénal français divise ces faits, en classant les uns parmi les crimes et délits contre l'enfant, d'autres, parmi les délits contre l'état civil, d'autres encore, parmi les attentats aux mœurs, nous croyons qu'il est plus logique de les concentrer, à l'instar des lois étrangères modernes, sous une rubrique homogène.

Partant de ce point de vue, nous pouvons prendre comme base de nos développements le Code italien de 1931, qui, dans son titre XI, « des délits contre la famille », prévoit : la bigamie, la fraude en vue du mariage, l'adultère, l'inceste, les atteintes à la morale familiale, la supposition et la suppression d'enfants, l'altération de l'état civil, la violation des obligations d'assistance, l'abus des moyens de correction, les mauvais traitements et, enfin, l'enlèvement des mineurs (consentants). Il faut y ajouter l'exposition d'enfants (projet allemand).

Nous avons donné, plus haut, des explications sur l'inceste. D'autre part, en ce qui concerne la question de la séduction, qui se pose à propos de l'enlèvement des mineurs, nous renvoyons à ce qui a été dit à propos des attentats à la pudeur et le viol.

Prenons tout d'abord, dans l'ordre du Code italien, la *fraude* à la célébration du mariage (quant à la bigamie, le Code français est en concordance avec tous les autres Codes au point de vue de l'incrimination). En France, ces fraudes ne sont pas incriminées. Ce n'est que dans l'ordre civil qu'un mariage contracté frauduleusement sera sanctionné par la nullité du mariage. Or, cette sanction est souvent inefficace et insuffisante.

C'est pourquoi les législations étrangères ont incriminé comme délit pénal la fraude en vue du mariage, et cela à deux points de vue : *a*) la dissimulation frauduleuse d'un empêchement légal lors de la célébration du mariage, par tromperies ou réticences ; *b*) le fait de décider, par manœuvres frauduleuses, l'autre partie à contracter le mariage. On peut dire que le fondement de la répression est à chercher autant dans la nature physiologique que dans le caractère juridique du mariage ; c'est pour cela que ce délit se rapproche plus des délits contre la famille (comme la bigamie), que de ceux contre l'état civil.

Ainsi déterminée, la fraude en vue du mariage est incriminée par le Code italien, art. 558 (« Induzione al matrimonio mediante inganno ») ; par le Code allemand (1870) art. 170 ; par le projet, art. 311 ; les Codes hongrois, art. 255 ; yougoslave, art. 291 ; hollandais, art. 238 ; espagnol, art. 649 sq. ; de même encore, Codes américains : Canada, art. 311-312 ; Dakota, etc.

De plus, le Code espagnol, art. 657, incrimine le fait d'alléguer sciemment des empêchements faux.

Ces exemples montrent bien l'utilité de cette incrimination, qui devrait être introduite dans la loi française ; la sanction civile, même si elle corrige l'erreur

ou la fraude commise, n'est pas assez énergique pour protéger efficacement la victime contre un fait qui pourra avoir des échos ultérieurs désagréables au cours de sa vie, au point de vue moral surtout.

Plus loin, le Code italien, art. 565, contient une disposition prévue entièrement pour la protection, si l'on peut dire, de l'idéal familial : « Quiconque dans un journal ou un autre écrit périodique, expose ou met en relief telles circonstances, qu'elles offensent la morale familiale, sera puni... » Dans le même sens, Code yougoslave, art. 299. La loi française sur la presse (29 juillet 1881) ne contient rien de pareil.

Le Code français, art. 335-339, incrimine *l'adultère*, tant celui de la femme, que celui du mari. Néanmoins, une inégalité apparaît aujourd'hui encore, inégalité qui, bien qu'atténuée, nous rappelle qu'à l'origine, dans l'antiquité, ce n'était que l'adultère de la femme qui fut puni ; conséquence de l'idée du mari, chef de la famille.

En effet, chez les Romains, sous la République, et plus tard sous régime de la loi *Julia de adulteriis*, enfin même dans le droit de Justinien, ce n'est que l'adultère de la femme qui est incriminé, celle-ci et son complice étant sévèrement punis.

Dans l'ancien droit français, comme dans le droit germanique, ce principe est général. La Caroline CXX renvoie « à la parole des ancêtres ».

Dès le ^{xvii}e siècle, en Allemagne, le ^{xviii}e siècle en France, un mouvement se dessine en faveur de l'égalité des deux époux. Le Code de 1810 en est l'aboutissement. Et néanmoins, cette égalité consacrée par la loi française n'est pas complète. Le Code ne punit

le mari que si celui-ci entretient une concubine à la maison conjugale : c'est rendre illusoire la répression de l'adultère de l'homme. La femme est punie dans tous les cas.

On a dit que la différence se justifie, étant donné la *perturbatio sanguinis*, le trouble plus grand qu'apporte dans la vie familiale l'adultère de la femme que celui du mari. Mais là-dessus on peut répondre que le mari n'aura qu'à désavouer l'enfant, pour que l'élément hétérogène n'entre pas dans la famille.

Nous croyons que, si l'adultère est incriminé — il y a aujourd'hui un mouvement déjà assez fort en faveur de l'idée, que la répression de l'adultère appartient au droit civil et non au droit pénal (Danemark), — il faut qu'il le soit dans la même mesure pour les deux époux. C'est ce que font les législations étrangères : projet allemand, art. 312 ; Code hongrois, art. 246 ; Code autrichien, art. 502 ; Code chinois, art. 256, japonais, art. 183, etc.

Les Codes italien et espagnol punissent le mari qui aura une concubine dans la maison conjugale ou *ailleurs* notoirement (Italie, art. 560), ou ailleurs, avec scandale (Espagne, art. 620). Mais d'après M. L.-J. de Asuà, ceci va changer dans la nouvelle législation espagnole. La République accepte comme principe fondamental l'égalité de droit des deux sexes. Ce point de vue a pour conséquence inévitable le fait que l'adultère du mari sera puni tout comme celui de la femme, sans qu'on exige un concubinage scandaleux dans la maison conjugale ou en dehors (1).

(1) Dans *Monatschrift f. Kriminalpsychologie*, 1931, p. 654.

D'autre part, les Codes allemand, hongrois et suisse (art. 181) n'incriminent le fait que s'il a servi de base à une demande en divorce.

Remarquons encore que le nouveau Code danois (1933) ne soumet pas l'adultère à la répression pénale. C'est un résultat du mouvement plus haut mentionné, mais nous doutons de l'opportunité de cette indulgence.

En France, et d'ailleurs presque partout, on entend par adultère les relations sexuelles normales d'un époux avec un tiers. Les relations antiphysiologiques n'étant pas punies en général, on aurait pu les prévoir, tout au moins lorsqu'elles constituent des espèces d'adultère. Il ne restera à l'époux offensé dans ce cas que l'action en divorce, basée sur l'injure grave.

*
* * *

Toujour en matière des délits contre la famille, nous trouvons la disposition de l'article 568 du Code italien, relative à *l'altération* d'état d'un enfant : « Quiconque dépose ou présente un enfant *déjà inscrit* sur les registres de l'état civil comme fils légitime ou naturel mais reconnu, dans un hospice ou un autre lieu de bienfaisance, en recelant son état, sera puni... » Le même cas est prévu en termes plus généraux, dans le Code espagnol, art. 644 : « Celui qui exposerait, abandonnerait ou substituerait un enfant légitime ou naturel reconnu... dans l'intention de lui faire perdre sa véritable filiation ou son état civil, encourra... » En France, il est difficile d'établir quelle serait celle des dispositions de l'article 345 du Code pénal

qu'il conviendrait d'appliquer à cette hypothèse. Le mieux serait de prévoir clairement le cas.

*
* *

Le désir d'empêcher la famille de se désagréger a conduit, depuis quelque temps, les législations à incriminer des faits qui, précédemment, constituaient des offenses à la morale seulement, et non à l'ordre juridique.

Le devoir familial n'est pas uniquement l'obligation d'assurer l'existence de la famille ; il ne se présente pas seulement au point de vue des charges matérielles, mais encore est-il fondé sur des considérations d'ordre moral.

Ce n'est donc pas qu'un intérêt individuel, mais aussi un intérêt social qui doit être protégé.

Dans la qualification des délits contre *l'assistance familiale*, le Code italien incrimine des faits commis contre les enfants surtout.

Ainsi, l'article 570 prévoit la violation des obligations familiales. Le Code pénal français ne vise pas ce délit, qui comprend (art. 570, Code it.), l'abandon de famille, la dilapidation des biens de l'enfant, le fait de laisser manquer de moyens de subsistance des descendants mineurs ou des ascendants ; le fait de se soustraire aux obligations inhérentes à la qualité de père, tuteur légal ou époux, etc. (Cf. les art. 184-185 du projet suisse).

Ces dispositions manquent en France ; la lacune n'a été comblée que partiellement par la loi du 7 février 1924 (mod. par celle du 3 avril 1928), créant le délit

pénal d'*abandon de famille*. Cette loi incrimine le fait de ne pas satisfaire aux obligations alimentaires, de demeurer plus de trois mois sans fournir des subsides à sa famille ; mais une condamnation civile est toujours exigée pour servir de base au délit pénal. C'est donc une protection incomplète, même si l'on en rapproche les dispositions de l'article 312 du Code pénal (mod. par la loi du 19 avril 1898).

Le projet allemand, art. 314, transférant les dispositions du Code de 1870 (art. 361), du domaine des contraventions dans celui des délits, montre l'utilité de cette répression. Il prévoit même le cas où ce défaut de soins aurait eu pour conséquence un infanticide ou un suicide. Même système dans le nouveau droit soviétique (art. 147-148).

L'article 571 du Code italien est consacré à l'abus des moyens de correction ou de discipline ; mais nous ne croyons pas que cette disposition manque au Code français, puisque les faits qui y sont mentionnés tombent indubitablement sous le coup de l'article 312 du Code pénal.

*
* *

Le législateur français a traité parmi les délits « tendant à compromettre l'existence de l'enfant », toute la matière du délaissement et de l'*abandon*. Etant donné que la loi du 19 avril 1898 y a inséré l'abandon des incapables, cette section ne répond plus à son titre. Les nouveaux Codes étrangers règlent ces infractions d'abandon sous des rubriques spéciales (Espagne, art. 536-537 ; Italie, art. 591-592 ; Chine, art. 309-312) ou en les rattachant aux coups et blessures.

La question étant, au fond, parfaitement réglée par la loi de 1898, il n'y a rien à ajouter dans cette matière. C'est plutôt pour son modernisme, son esprit d'opportunisme, que nous rapportons l'article 537 du Code espagnol ; en vertu de celui-ci, « l'automobiliste, le motocycliste, le conducteur d'un véhicule quelconque, le cycliste, le cavalier, qui laisse en état d'abandon, sans lui porter assistance, ni sans le faire secourir, quelqu'un qu'il a tué ou blessé par imprévoyance, imprudence ou impéritie, sera puni de... sans préjudice des responsabilités encourues par suite de l'homicide ou des lésions produites » (1).

En outre, le projet suisse, art. 184 *bis* (1929), prévoit l'abandon par un homme d'une femme enceinte de ses œuvres, que nous avons cité à propos de la séduction.

*
* *

Cette petite excursion dans le domaine des délits d'abandon mise à part, et revenant aux délits contre la famille, nous croyons pouvoir conclure à l'utilité, voire à la nécessité des incriminations relevées dans les différentes législations. Certes, au point de vue de la réparation, elles n'auront pas plus d'efficacité que les sanctions civiles ; mais au point de vue préventif, il est vraisemblable que la qualification pénale servira utilement à combattre les infractions en question.

(1) La loi du 17 juillet 1908 sur le délit de fuite ne vise pas l'abandon de la victime, mais la tentative d'échapper aux poursuites pénales ou civiles.

7. — CRIMES ET DÉLITS CONTRE L'HONNEUR.

Nous traiterons ici, à l'instar du Code pénal, de plusieurs infractions plus ou moins éloignées par leurs caractères, mais semblables par leur nature, toutes consistant en une atteinte à l'honneur d'une personne. Il n'y a que le faux témoignage qui soit un peu étranger à ce groupe ; mais le résultat en est également d'atteindre quelqu'un dans son honorabilité ou son prestige.

En ce qui concerne tout d'abord *la calomnie, l'injure et la diffamation*, celles-ci ne figurent plus au Code pénal. Aujourd'hui, c'est la loi du 29 juillet 1881 sur la presse qui règle la matière.

La loi française ne vise que l'injure et la diffamation. La calomnie n'existe plus dans le nouveau système.

Elle a été cependant gardée dans plusieurs législations modernes, à côté des deux autres infractions ; ainsi, elle reste incriminée dans le Code espagnol, art. 624-626 ; le projet allemand, art. 317 ; le Code hongrois, art. 258. Le Code espagnol la qualifie de « fausse imputation d'un délit de ceux donnant lieu à une poursuite d'office ». Etant donc l'imputation d'un fait, la calomnie fait partie, en droit français, de l'incrimination de la diffamation.

On pourrait reprocher à la loi de 1881 le fait de ne pas incriminer l'injure à l'égard des *morts*. En effet, l'article 34 n'incrimine cette injure qu'indirectement, que si elle vise *la réputation ou le prestige des héritiers*. Nous croyons que c'est une lacune. L'honneur est le plus précieux des biens qu'on peut acquérir, et l'ambition de chacun, c'est de laisser une réputation irré-

prochable après soi. Or, le législateur ne protège pas la mémoire de celui qui, mort, ne peut point se défendre, et il permet qu'elle soit injuriée par ceux qui, probablement, n'avaient pas le courage de le faire du vivant de la victime. C'est l'ancien principe de la morale sociale : *de mortibus nihil nisi bene* qu'il convient de sanctionner.

On a dit que la répression pénale pourrait empêcher le jugement de l'histoire qui, montrant les vices de ceux du passé, aide à les éviter par ceux du présent. Seulement, une critique objective n'est pas une injure. Et la critique a ses limites. Là où elle commencerait à être calomnieuse, il faut l'arrêter (voir *infra*).

L'injure contre les morts doit être réprimée, même si l'intérêt personnel des héritiers n'est pas en jeu ; il y a toujours une union spirituelle entre les vivants et les morts, union qui est justement édifiée sur l'honneur, la réputation de ceux qui ne sont plus. Ces bases doivent être protégées contre les atteintes perfides dont elles pourraient être l'objet.

Question de bon sens : elle est généralement prévue dans les Codes des autres pays. Ainsi, Code allemand (1870), art. 189 ; projet, arg. art. 322 ; Code hongrois, art. 273 ; Code espagnol, art. 637 ; yougoslave, art. 310 ; chinois, art. 329, et japonais, art. 230. De même, elle figure dans le droit anglais. Le projet suisse (art. 153) punit l'injure à l'égard des morts, pendant 30 ans à partir de leur décès (1).

Le Code autrichien ne se contente pas d'incrimer

(1) C'est un rapprochement intéressant avec la survie du droit d'auteur.

la diffamation, l'injure, l'outrage simple, il prévoit encore spécialement le fait « d'exposer quelqu'un à la raillerie publique » (art. 491).

Toujours dans cet ordre d'idées, le projet allemand, art. 321, incrimine le fait de reprocher à quelqu'un « une action punissable ou une condamnation, bien que l'acte fût expié par l'accomplissement ou l'exemption de la peine ». Ce qui est fait est fait, et il ne faut pas permettre d'abuser de quelqu'un en revenant sur son passé. Dans le même sens, nous trouvons l'article 300 du Code yougoslave.

Ce dernier Code envisage encore le cas spécial où des critiques énoncées à l'encontre d'une œuvre artistique, littéraire ou scientifique, tourneraient en injure (art. 306). C'est la consécration, par M. Givanovitch, du principe rappelé plus haut : la critique doit être enfermée dans les limites du bon sens.

L'honneur, tout comme la propriété ou l'intégrité corporelle, doit être protégé, et ceci dans la plus large mesure possible, pour qu'une concorde, un *respect mutuel*, sans quoi la vie en commun deviendrait insupportable, puisse être réalisé et assuré.

*
* *

En ce qui touche la *dénonciation calomnieuse*, il n'y a pas beaucoup à dire, puisque la loi française réglemente cette matière en accord avec les autres législations. On peut pourtant remarquer que, tandis que le Code pénal le considère comme un délit contre les particuliers, d'autres Codes lui donnent un autre caractère. Le Code italien, par exemple, le range parmi

les délits contre l'administration de la justice, à côté, toujours, du faux témoignage et du faux serment ; les Codes allemand, autrichien, hongrois, espagnol, chinois, japonais, font de même. Les droits anglo-américains punissent plutôt le complot (conspiracy) de dénonciation calomnieuse, que le fait lui-même. Les lois américaines qui l'incriminent, la rangent tantôt entre les délits contre l'administration de la justice (Canada), tantôt, comme en droit français, parmi les atteintes à l'honneur (Texas). Ce dernier système prévaut encore en Belgique, Norvège, Danemark, Pays-Bas, etc.

Vu la place du délit dans la plupart des législations (délits contre la justice), il n'est que naturel que nous trouvions, tout près, d'autres incriminations qui ne figurent pas dans le droit français.

C'est ainsi que plusieurs Codes prévoient, à côté de la dénonciation calomnieuse, d'abord l'*auto-calomnie* ou l'*auto-accusation*, c'est-à-dire le fait de se dénoncer soi-même, sans avoir commis en réalité l'acte incriminé ; Code italien, art. 369 ; Code de la Turquie (1927), art. 283 : « Sera puni... celui qui, en présence d'une autorité judiciaire, déclarerait faussement avoir commis ou avoir aidé à commettre une infraction. »

D'autre part, les mêmes Codes (italien, art. 367 : « *simulazione di reato* » ; turc, art. 283), et de plus, le Code chinois, art. 182, et le projet allemand, art. 192, incriminent « celui qui, sans inculper un autre, induit en erreur, de mauvaise foi, une autorité sur la commission d'un acte punissable ».

Seulement, là, nous sortons complètement de la

matière des crimes et délits contre les personnes ; mais il fallait mentionner ces délits par suite de leur nature apparentée à la dénonciation calomnieuse.

*
* * *

Quant au *faux témoignage* et ses espèces, presque tous les Codes les traitent aujourd'hui comme infractions contre l'administration de la justice, ou contre la foi publique ; on peut les qualifier de faux (intellectuel) ; pourtant, leur classement parmi les crimes et délits contre les particuliers, que l'on trouve dans le Code français, ne nous paraît pas injustifié, car, bien qu'on puisse voir dans ces actes des atteintes à l'intérêt public, c'est surtout celui du particulier, du prévenu, qui est en jeu. Sans nous attaquer donc à la légitimité de la place qu'elles occupent dans notre Code, nous rechercherons les insuffisances que l'on peut apercevoir dans son système d'incrimination.

La première question qui se pose est celle de savoir si l'on ne devrait pas incriminer les fausses déclarations faites sans prestation de serment. Le Code parle de faux témoignage ; or, en droit français, pas de témoignage sans serment, sauf pour les mineurs, incapables ou indignes. Mais est-il permis de tromper la justice, au préjudice d'autrui, même sans avoir prêté serment, en donnant des renseignements faux ? Non, certainement. C'est dans cet esprit que le projet allemand contient l'innovation de l'article 187, en vertu duquel « celui qui... témoigne faussement, sans serment, bien qu'il fût avisé par les autorités de la punissabilité du faux témoignage non assermenté,

sera puni ». Dans le même sens disposent, en Angleterre, le Perjury Act de 1911 ; en Norvège, l'article 163 ; en Belgique, l'article 217 ; en Turquie, l'article 286 du Code pénal. Ce sont là des dispositions utiles pour enrayer le penchant de beaucoup de personnes à mentir au préjudice d'autrui.

En second lieu, on peut remarquer l'oubli du législateur de 1810 d'incriminer, à l'instar du faux témoignage, la fausse expertise et la fausse interprétation. Sans doute, la jurisprudence a-t-elle assimilé, en considération du serment prêté, ces délits au faux témoignage ; néanmoins, *de lege ferenda*, c'est une lacune qui subsiste. Strictement, l'interprète n'est pas un témoin (arg. art. 332 C. inst. cr.), et la question peut toujours être discutée, tant qu'une disposition légale n'interviendra pas. A l'étranger, ce n'est pas à la jurisprudence qu'on a laissé le soin de trancher la question ; ce sont les Codes eux-mêmes qui la règlent : hongrois, art. 217 ; espagnol, art. 399 ; turc, art. 290 ; chinois, art. 179, japonais, art. 171. De même, projet allemand, art. 187 ; et voici la formule du Code italien, art. 373 : « L'expert ou l'interprète... qui donne une interprétation mensongère ou affirme des faits non conformes à la vérité, sera puni. »

Le législateur français n'aurait qu'à copier ces textes : les modèles sont là, et ils sont à suivre.

Le Code néglige encore de prévoir le cas où le faux témoignage est impunissable, comme étant perpétré par le témoin pour se défendre ou pour cacher sa propre culpabilité. Puisque la jurisprudence est hésitante, et même contraire à la non répression de ce faux témoignage, un texte légal serait souhaitable pour

disposer, dans le sens de la non-culpabilité, croyons-nous. Plusieurs Codes ont consacré cette idée : par exemple, le Code hongrois, art. 224 ; le Code turc, art. 288.

*
* *

Une dernière incrimination, prévue à l'étranger, dans cette matière des délits contre l'administration de la justice, mais constituant des atteintes à l'intérêt privé, s'éloigne un peu du faux témoignage et des infractions connexes. C'est le fait que les Allemands appellent « *Parteiverrat* », c'est-à-dire la trahison de client. C'est le délit que commet un avocat qui, étant chargé de conduire un procès (l'Europe centrale ne connaît pas l'institution des avoués), travaille contre l'intérêt de son client, en collusion avec l'adversaire. C'est une responsabilité pénale basée sur un contrat, si l'on peut s'exprimer ainsi. L'avocat (ou l'avoué) doit prendre fait et cause pour celui dont il représente les intérêts ; le contraire constitue un délit. C'est le système du Code (art. 356) et du projet (art. 195) allemands ; du Code hongrois, art. 482 ; du Code italien, art. 380-4^o ; du Code turc, art. 294. L'avocat doit rendre un service public ; il est aussi bien de l'intérêt de la bonne justice, que de celui du client, qu'un procès soit fait et débattu honnêtement. *Fraus omnia corrumpit*.

*
* *

Enfin, il nous reste encore quelques mots à dire sur la *révélation des secrets*. L'article 378 incrimine « les médecins, chirurgiens, etc..., et toutes autres

personnes, dépositaires, par état ou profession, par fonction temporaire ou permanente, des secrets qu'on leur confie, qui... auront révélé ces secrets » (1).

De cette formule, il résulte que les révélations de secrets, émanant d'une personne qui, par son état ou sa profession, n'est pas dépositaire de pareils secrets, restent en dehors des prévisions du législateur, et ne sont pas punies.

Combien nombreuses sont pourtant les personnes qui, toute question de profession mise à part, arrivent, parce qu'on a confiance en leur discrétion, à connaître des secrets ? Celles-là, qui abusent de cette confiance, et divulguent les secrets qu'elles devraient garder, causant ainsi des préjudices moraux ou matériels, devraient certainement encourir une responsabilité pénale. La révélation illégale doit être incriminée indépendamment de la qualité ou de la profession de l'auteur.

C'est ce point de vue qui a prévalu dans le récent Code espagnol Saldana, dont l'article 683, al. 2, porte : «... Celui qui divulguerait les secrets d'un tiers, *quelle que soit la manière dont il est arrivé à les connaître*, sera puni. »

Nous croyons qu'une pareille disposition, bien que rare aujourd'hui encore, est parfaitement justifiée au point de vue de l'ordre et de la sécurité sociale. Elle aurait sa place dans toutes les législations, pour sauvegarder l'honnêteté des relations entre les indi-

(1) La loi du 16 février 1933 impose le secret aux jurés (art. 312 du C. I. Cr. modifié).

vidus, honnêteté qui permettra de juger l'état général de la moralité publique.

*
* * *

Nous avons essayé ainsi de passer en revue les principaux points où le Code pénal français a omis d'incriminer des faits qui, dans l'organisation actuelle de notre société, ne doivent pourtant pas échapper à la répression pénale. Et maintenant, nous essaierons d'étudier des questions qui, pour ainsi dire, forment le revers de la médaille : des incriminations du Code, qui ne devraient pas y figurer, à notre sens, ou qui du moins devraient être modifiées. Ce sera l'objet de notre dernière partie.

TROISIÈME PARTIE

DES INCRIMINATIONS CRITIQUABLES

Un criminaliste pourrait certainement, en examinant un Code, trouver toute une série d'incriminations qui, de son avis personnel, mériteraient plus ou moins d'en être rayées. Les relations antiphysiologiques, dit l'un, sont une maladie qui ne doit pas être incriminée ; l'adultère, déclare l'autre, doit recevoir sa sanction du droit civil et non du droit pénal. Et ainsi de suite.

Nous n'avons pas la prétention de passer en revue toutes ces critiques ; nous nous bornerons à examiner deux questions, des plus discutées aujourd'hui : celle de l'*empoisonnement* d'abord, tel qu'il est conçu par le Code pénal ; et ensuite, la question, d'une importance capitale, de l'*avortement*.

1. — L'EMPOISONNEMENT.

L'article 301 du Code français définit l'empoisonnement « tout attentat à la vie d'une personne, par l'effet des substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées, et quelles qu'en aient été les suites ».

Nous voyons donc que, d'après la conception française, le crime d'empoisonnement appartient à ce groupe qu'on appelle les délits formels. La loi se contente du concours de certaines conditions ; peu importent les conséquences : on ne se soucie point du résultat. C'est donc un crime spécial, exceptionnel ; il n'admet pas la tentative manquée ; car dès le moment où l'attentat, l'administration des substances mortelles, a eu lieu, le crime est consommé. Alors même que le but de l'auteur n'a pas été atteint ; alors même que la personne empoisonnée a été sauvée — par elle-même (son organisme), ou par d'autres ; alors même, enfin, que l'auteur, effrayé de son fait, par repentir ou par crainte, a administré de suite de l'antidote, du contre-poison à la personne visée.

On voit immédiatement l'absurdité de ce résultat. Que l'empoisonnement soit considéré comme crime spécial, indépendant du meurtre et de l'assassinat, cela est admissible ; mais ériger en un crime spécial, puni de mort, une tentative d'homicide, uniquement à raison du caractère perfide des moyens employés, c'est aller au-delà de la justice logique.

Nous pourrions ainsi imaginer le cas suivant : une personne est empoisonnée ; elle est sauvée par un contrepoison, et reste en vie. L'auteur, d'après les prescriptions strictes de l'article 301, sera guillotiné, puisque c'est la peine suprême qui est prévue. Le châ-timent sera donc plus fort que celui de la loi barbare du talion ! Là, œil pour œil ; ici, mort pour tentative de meurtre. C'est simplement incroyable qu'au ^{xx}^e siècle une pareille incrimination puisse exister.

Certes, l'empoisonnement doit être réprimé ; certes,

une peine sévère doit s'y appliquer, vu la bassesse et la perfidie des moyens. Mais que nous interroignons l'histoire, ou que nous nous tournions vers les droits étrangers, nulle part nous ne trouvons un système semblable à la conception française.

Au point de vue historique d'abord. Le droit romain punissait, d'une part le *crimen venenarii* qui consistait dans la fabrication des poisons, et, de l'autre, le *crimen veneficii*, sous lequel on entendait l'homicide commis au moyen de poison (*Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis*). Les mêmes principes se retrouvent dans l'ancienne législation germanique. La Caroline (CXXX) prévoit le cas où quelqu'un « souffre dans son corps ou perd la vie par l'effet de poison ou venin ». C'est donc le résultat qui est envisagé.

Dans le droit français, l'édit, intervenu sous Louis XIV, de 1682, est à la base de l'incrimination actuelle. Les empoisonnements étant très fréquents dans ces temps-là, on crut devoir enrayer « ce crime, sans contredit des plus graves et des plus punissables », comme le dit Muyart de Vouglans, par des mesures très sévères. Et l'édit de 1682 (art. 5) définit l'empoisonnement « le fait d'avoir *attenté* à la vie de quelqu'un par vénéfice ou poison ». Le crime est donc consommé par le seul fait qu'on s'est servi du poison, et cela pour atteindre les coupables avant même qu'ils soient arrivés à leurs fins.

En 1791, le législateur révolutionnaire modifie l'incrimination ; l'article 12 du Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791 (2^e partie, titre 2, section I), qualifie le fait d'*homicide* commis volontairement par poison ». Puis, l'article 15 fait savoir qu'à l'empoi-

sonnement effectué équivalait le fait d'avoir présenté le poison à la personne visée, ou de l'avoir mêlé à ses aliments ou breuvages ; c'est encore un acte de tentative, mais déjà puni de mort. L'empoisonnement consommé, c'est la mort de la victime. L'article 16 ajoute que si l'empoisonneur arrête l'exécution de son crime avant l'absorption du poison, il sera acquitté. Mais dès que le venin est absorbé, le repentir ne supprime plus la culpabilité de l'auteur.

Le Code de 1810 a reproduit toutes ces dispositions, en les condensant dans un article bref et critiquable, l'article 301 qui, aujourd'hui, incrimine « l'attentat ».

Si nous jetons maintenant un regard sur les législations en vigueur, nous constatons que les Codes sont divisés entre trois systèmes.

Le premier, représenté par le Code français, d'après lequel l'empoisonnement n'est ni une espèce de meurtre, ni un meurtre aggravé, mais un crime spécial, un attentat, une tentative de meurtre : il est consommé par le seul fait d'employer le moyen incriminé ; et le repentir actif de l'auteur ne peut plus effacer le crime.

Le second système est celui des Codes allemand, hollandais et hongrois, et aussi du nouveau Code chinois. Il assimile l'empoisonnement à l'homicide. Le moyen dont le coupable s'est servi, est sans importance ; la mort est causée, c'est donc un meurtre. Partant, le crime ne sera consommé que par la mort de la victime, et le fait n'est qualifié d'assassinat que si les conditions de droit commun de celui-ci (préméditation, etc.) sont remplies. Le même système est consacré dans le droit anglo-américain ; le Code fédéral des Etats-Unis de 1909 énonce l'assimilation com-

plète du poison aux autres engins dangereux (armes à feu).

Enfin, un troisième groupe de Codes nous montre un dernier système, différent des deux autres : l'empoisonnement n'est ni un crime spécial, ni un simple meurtre ; c'est un assassinat, un meurtre qualifié, où l'emploi du poison, étant un fait perfide et particulièrement dangereux, est considéré comme circonstance aggravante. Nous retrouvons ce principe, en dehors du Code belge (art. 397), dans plusieurs Codes récents : ainsi, dans le Code italien, art. 577-2^o ; le Code espagnol, art. 519-7^o ; le Code yougoslave, art. 167-2^o ; le Code turc, art. 449. La formule employée est claire et précise, et logique : par exemple, le Code italien s'exprime de la façon suivante : art. 575 : « *Omicidio*. Quiconque occasionne (cause) la mort d'un homme est puni de la réclusion de 21 ans au moins ». — Art. 577 : « *Altre circostanze aggravanti*. La peine de l'ergastolo s'applique, si le fait prévu par l'article 575 est commis :... 2^o au moyen de substances vénéneuses ou par un autre moyen insidieux. »

Il est encore curieux de noter le système du Code pénal roumain, qui suit, généralement de très près, le Code français. Ici, néanmoins, il applique un système mixte, une combinaison du premier et du troisième type de législation. D'abord, l'article 231 (correspondant à l'art. 301 du C. pén. fr.) précise que « l'empoisonnement est *le meurtre* d'une personne par l'emploi de moyens qui... » (la suite est copiée sur le texte français). Puis, l'article 232, en corrélation avec l'article 302 du Code pénal français, ajoute : « Toute personne coupable d'assassinat, de parricide ou d'em-

poisonnement, sera puni des travaux forcés à perpétuité » (1). L'empoisonnement est donc un meurtre qualifié ; mais, d'autre part, il est incriminé spécialement, tout comme dans le droit français.

Quoi qu'il en soit, on voit que le système le moins satisfaisant parmi tous ceux qu'on vient d'étudier, est celui du droit français, qui, du reste, est isolé. La conséquence à en tirer est que cet article 301 doit, de toute façon, être prochainement réformé.

A notre avis, l'incrimination la plus parfaite est celle du troisième système. D'abord, parce qu'elle atteint le criminel, dès que le but visé est atteint, dès que la mort de la victime est arrivée ; puis, parce qu'elle tient compte de la nature odieuse, criminelle de l'acte. L'empoisonnement ne doit être réprimé comme tel que si l'intention coupable de l'auteur s'est réalisée ; mais, dans ce cas, la loi doit être sévère, et frapper sans clémence. Les Romains, déjà, le disaient : « *Plus est hominem extinguere veneno, quam occidere gladio.* »

Mais il faut attendre « l'extinguere »

2. — L'AVORTEMENT.

Dans tous les temps et en tout pays civilisé, l'avortement fut et reste incriminé. Cette « plaie sociale », cet « acte abominable, immoral et antisocial » étant toujours vu avec défaveur par les législateurs criminels et, dès les premiers temps du droit — droit romain classique — il fut frappé de peines plus ou moins sé-

(1) La peine de mort n'existe pas en Roumanie.

vères. Aujourd'hui encore, la répression est quasi-universelle : qu'il le soit comme délit contre la vie (Allemagne, Hollande, Amérique du Nord), comme infraction contre le corps et la vie (Norvège, Suisse), comme coups et blessures (France), comme délit contre l'ordre familial et les mœurs (Angleterre) ou enfin, comme infraction spéciale, séparée des autres (Autriche, Italie), l'avortement a sa place dans presque tous les Codes.

C'est donc un principe général que représente l'article 317 en disant : « Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni d'un emprisonnement... etc. — Sera punie... la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est suivi... »

Voilà le système. Néanmoins, quelles que soient l'universalité et l'autorité traditionnelle de ce point de vue, il commence à être ébranlé dans son fondement même. Des attaques de plus en plus nombreuses sont dirigées contre l'incrimination de l'avortement ; des critiques de plus en plus véhémentes lui sont adressées. Le bien-fondé de la répression est aujourd'hui mis en discussion et sa raison d'être n'est plus considérée comme indubitable.

(Ici, avant tout développement, une remarque, entre parenthèses, s'impose. Il faut faire une distinction entre l'avortement perpétré par la femme ou de son consentement, et l'avortement procuré par des

tiers contre la volonté ou à l'insu de celle-là. Ce dernier fait doit certainement être incriminé, puisqu'il constitue une atteinte à l'intégrité corporelle d'une autre personne. Cette proposition est hors de discussion. Ce qui va être envisagé, c'est donc uniquement la question de l'avortement volontaire, c'est-à-dire provoqué par la femme ou de son consentement.)

Il faut ajouter que si l'incrimination de l'avortement est critiquée, elle n'en conserve pas moins, aujourd'hui encore, d'ardents défenseurs. L'avortement est un fléau social, dit-on, et la répression s'impose. Autoriser l'avortement aurait pour résultat la démoralisation, la dépopulation. C'est un acte immoral et antisocial ; il détruit l'ordre de la société et tarit les sources vitales de l'humanité. De plus, l'enfant conçu est une personne, et il a droit à la vie ; la santé de la mère, qui peut être atteinte par les manœuvres abortives, doit également être protégée. De toute façon, la répression est nécessaire pour sauvegarder l'indépendance de la femme, et par là la race. L'article 317 est donc juste et utile.

A cette thèse s'opposent deux systèmes : l'un, plus modéré, celui de la réforme ; l'autre, plus radical, celui de l'abolition.

La thèse dite « réformatrice » demande ou bien la diminution des peines en général, étant donné que ce n'est d'ordinaire pas la sévérité de la répression qui prévient le crime ou le délit, ou bien, une série de dérogations à la punissabilité. Il faut admettre des dérogations en cas de grossesse forcée : la fille-mère qui, victime d'un viol, veut en éviter les conséquences lourdes, ne doit pas être atteinte par la loi pénale.

On a demandé une autre dérogation en cas de dégénération physique du fœtus. Mais là, une question difficile d'appréciation se pose ; des abus seraient nombreux et mèneraient à la liberté de l'avortement, résultat que les réformistes ne veulent point atteindre.

La seconde thèse demande la suppression pure et simple de l'incrimination de l'avortement, comme un fait qui ne mérite pas d'être réprimé. Et l'on exige cette abolition à deux points de vue :

Tout d'abord, dit-on, le fœtus fait partie du corps de la mère ; or, chacun est libre de disposer de son corps. Le droit à l'avortement doit être admis comme expression de la liberté humaine. C'est une question de morale sexuelle ou sociale, et non de législation pénale. L'embryon que la mère porte lui appartient, fait partie de son organisme jusqu'à la naissance ; elle a le droit d'en disposer. Le fœtus n'a pas de personnalité, pas de droits ; à la mère de juger s'il mérite ou non d'être mis au monde, à elle de déterminer si sa naissance est souhaitable. On a trouvé une formule très poétique pour exprimer ceci : « la femme a le droit de garder ses flancs inféconds, dit-on ; elle est maîtresse de sa chair » (1).

De plus, un enfant peut être la cause d'aggravation de la misère de la famille ; il peut menacer l'existence d'autres personnes. Et, dans ce cas, il serait certainement inhumain de ne pas permettre à une mère malheureuse d'éviter un désastre, qui ne fera que préjudicier tant à elle qu'à son enfant à naître. Et dire que la morale sociale actuelle s'attache à occasionner de

(1) Raiter, Thèse, Paris, 1925, p. 34.

pareils malheurs qui, hélas, de nos jours, ne sont pas imaginaires.

Ou encore, ne faut-il pas permettre l'avortement à une femme qui, ayant eu des relations sexuelles avec un alcoolique, un syphilitique, par exemple, voudrait éviter que l'enfant supportât le sort tragique de son père ?

Somme toute, la femme doit être libre, au point de vue tant juridique que biologique. L'avortement doit être permis et, par là, on éviterait, en dehors des inconvénients mentionnés, ce résultat fâcheux, que causent les avortements pratiqués en secret. N'ayant rien à craindre, les femmes s'adresseront volontiers à des médecins, à des spécialistes, au lieu d'aller chercher des charlatans, des femmes suspectes, et au lieu d'essayer elles-mêmes des moyens douteux, souvent dangereux.

Nous croyons que cette argumentation a pleine valeur théorique. Mais il y a un autre point de vue, en partant duquel on peut demander la non incrimination de l'avortement : c'est en envisageant le côté pratique de la question.

Même si, contrairement à la conception exposée, on ne considère pas l'avortement comme impunissable, même si l'on accepte son caractère immoral et dangereux, il y a un écueil contre lequel la répression échoue : c'est le fait que la loi répressive est impuissante à atteindre les avortements. Impuissante, en premier lieu, au point de vue préventif, parce que la peine est incapable d'empêcher le fait d'être commis. La femme qui veut le commettre est, poussée par les circonstances, dans un état psychologique où elle

n'envisage pas les conséquences juridiques de son acte. On peut dire que l'avortement découle de l'instinct de sauvegarder son existence, sa subsistance, et, dès lors, il n'est pas question de raisonner : le châtement ne pourra pas influencer sur la décision prise.

Impuissante, ensuite, au point de vue répressif, car elle ne réussit pas à atteindre les coupables, ceux qui ne la respectent pas. Il est aujourd'hui ouvertement reconnu que, bien que le nombre des poursuites soit infime, le nombre des avortements est immense ; il est très probablement de plus de 500.000 par an (à l'avis du Dr J. Dalsace, émis à la réunion de l'Association d'Etudes sexologiques du 12 mars 1933, il atteindrait même un million). Et ce chiffre s'accroît de jour en jour.

En effet, pour faire jouer la répression, on se heurte tout de suite à une difficulté de preuve : preuve de l'avortement et de l'avortement criminel notamment.

La femme qui se fait avorter, gardera évidemment le silence, même si des conséquences fâcheuses — lésions, maladies — en résultaient, étant donné que son acte commis est punissable ; les sages-femmes, médecins, etc., souvent bien payés, souvent par complaisance, se retrancheront derrière le secret professionnel. La poursuite est donc extrêmement difficile.

Dans les années d'après-guerre, le nombre des condamnations pour avortement (et infanticide) varie entre 200 et 500 par an (1). Il est bien évident que ce

(1) En 1929 (Compte général de l'Administration de la Justice criminelle. 1932), 246 affaires avec 529 prévenus ; parmi les condamnés, 229 ont obtenu le sursis.

chiffre n'est pas du tout en relation avec celui des délits commis.

Certes, l'avortement n'est point un bienfait ; mais il y a à sa base une série de causes qui sont, à l'heure actuelle, presque inévitables. On pourrait dire qu'il n'est qu'une répercussion de celles-ci.

Une des causes, ou des circonstances qui provoquent l'avortement le plus fréquemment, c'est la séduction. Nous avons vu plus haut que la loi pénale française se désintéresse de la séduction, dès que la victime est âgée de plus de 16 ans. Le séducteur aura donc libre jeu. Quelles en seront les conséquences ? La jeune fille se livre, avec confiance, à l'homme. Le résultat c'est que, bientôt enceinte, elle devra subir le mépris de sa famille, de son entourage. Et, dès ce moment, le seul moyen d'échapper à cette honte, le seul moyen qui s'offre devant elle, pour corriger l'erreur commise, c'est l'avortement. Et la jeune fille-mère n'hésitera pas à se faire avorter, pour ne pas supporter les suites tragiques de son impéritie. Peut-on, dans ce cas, dire qu'elle a commis un délit ? Peut-on affirmer que la société gagnera à ce que cette femme mette au monde un enfant, qu'elle ne saura pas entretenir (le séducteur est loin), ou à ce que cette femme aille en prison ? La loi est inconséquente quand, au lieu d'aider ces malheureuses à sortir de leurs embarras, elle leur interdit le seul moyen par lequel elles pourraient sauver leur existence plus ou moins honnête.

En second lieu, les mœurs de notre époque s'en tiennent toujours à ce point de vue, que l'enfant naturel est une honte ; il n'y a pas d'enfant honnête, que celui issu des « justes noces ». La société, fondée sur

la morale familiale, ne peut pas permettre l'assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime. Dès lors, la présence d'un enfant né en dehors du mariage — nous supposons antérieurement à toutes relations maritales — reste une cause de honte, de dépression, de mépris pour la mère. Et la société, hypocrite, la met devant un cruel dilemme : évite-t-elle que l'enfant vienne au monde ? C'est la loi pénale qui va la frapper. Satisfait-elle à son devoir naturel de donner la vie à son enfant ? C'est la loi morale qui va briser son existence. Et partant de l'égoïsme inhérent à chacun, elle aura une tendance à choisir la première solution, l'avortement.

Une autre cause certaine, c'est l'insuffisance des salaires. Par suite de ce fait, par suite de ce que les hommes ne peuvent pas gagner assez pour entretenir leur famille, l'élément féminin a fait son entrée sur le marché du travail, et constitue aujourd'hui un élément essentiel de la production mondiale. Après la guerre, la femme est devenue, à côté de l'homme, un facteur naturel de l'économie universelle. Et dans ces conditions-là, son énergie, son temps, ses préoccupations étant concentrés sur son travail, elle ne pourra pas donner les soins nécessaires à ses enfants. L'assistance maternelle n'est pas encore au point de pouvoir se substituer à elle. Et ainsi, beaucoup de femmes aimeront mieux ne point avoir d'enfants, que de les laisser s'élever sans soins, sans surveillance. Mais, disent les néo-malthusiens, les êtres humains éprouvent, à côté du besoin de nourriture, et à côté du besoin de repos, encore le besoin d'amour, le besoin sexuel. Or, la femme n'est pas toujours maîtresse de son orga-

nisme ; et il peut arriver qu'elle se trouvera dans l'état de grossesse, sans avoir eu l'intention de l'être. Une seule issue : c'est l'avortement, qui fera disparaître la suite incommode de ses desiderata sexuels. Et le travail peut continuer.

Souvent encore, un autre élément entre en jeu. La jeune ouvrière, généralement sans moyens, ne trouvera pas tout à son gré un mari, même si elle était prête à sacrifier son travail à ses devoirs de mère. Et ce sont encore les malheurs d'une procréation « illégale », des enfants naturels, qui arriveront, à moins que la mère ne préfère — à juste titre — recourir à l'avortement.

On a aussi fait remarquer (1) que l'une des causes de l'avortement, c'est l'état d'infériorité sociale dans laquelle se trouve aujourd'hui encore la femme. Par l'inégalité des positions de l'homme et de la femme, celui-là arrive à exploiter celle-ci, à en faire sa proie. La femme, victime de sa situation, n'aura souvent pas d'autre solution contre les brutalités de l'homme, que d'essayer d'en éviter les suites. Quand on reconnaîtra l'égalité des sexes, quand on établira l'égalité de leurs droits : alors la femme pourra se défendre mieux contre l'homme, contre les séducteurs, contre les corrupteurs, sans avoir besoin de recourir aux moyens extrêmes.

Enfin, un des facteurs qui influent aujourd'hui le plus sur l'avortement, celui qui fait monter sans cesse la courbe de ces actes, c'est sans doute la crise

(1) Raiter, thèse citée, p. 53.

économique, qui sévit partout. Les difficultés de la vie, difficultés matérielles, économiques, pèsent très lourdement surtout sur la classe sociale des ouvriers, la classe autrement la plus prolifique. La misère s'abat sur les familles avec une véhémence inaccoutumée. Il est facilement compréhensible que plus grand est le nombre de ceux qu'il faut entretenir, et moindre est la portion que touchera chacun. Plus élevé est le nombre des enfants, et plus difficile il sera de pourvoir à leur entretien.

La charge est grande ; et la responsabilité qui pèse sur les parents, en ce qui concerne l'éducation et le devoir d'élever leurs enfants, est lourde. Mais l'instinct sexuel, le besoin de l'union charnelle, est plus fort encore, il est inévitable et ne peut être supprimé. Et voici le conflit engendré par ces deux ordres de considérations ; la nature des hommes, d'une part, et l'extrême rigueur des conditions de vie, de l'autre. Comment les coordonner ? Comment résoudre le conflit, dont nous sommes, à chaque moment, émoins ?

Et voici alors que l'avortement apparaît comme une pratique courante, qui permet de satisfaire ses désirs, sans supporter la misère qui pourrait en résulter.

Non seulement dans le cas de l'amour libre ; non seulement dans celui des filles-mères ; mais entre époux, légalement mariés, la question se posera toutes les fois que l'arrivée, dans leur milieu, d'un nouvel enfant, pourrait mettre en danger la sûreté (ou, aujourd'hui plutôt, ce qui reste de la sûreté) de l'existence. Dans ce cas, il n'y aura pas de honte à cacher ; il n'y aura pas de mépris à éviter ; pas de devoir ma-

ternel qu'on veut rejeter ; c'est une question vitale qui va se poser, la question essentielle de l'existence. Il vaut mieux qu'un ou deux enfants soient élevés en état de santé physique et morale, que trois en état de famine ou quatre en état de misère ; par conséquent, ne pas punir l'avortement commis pour cette raison (à Moscou, en 1925-26, c'est la raison qui expliquait l'avortement dans 79 % des cas). Ce n'est pas un délit, qui est commis : c'est une mesure prise dans l'intérêt des autres.

Toutes ces causes, que nous venons d'indiquer, ont pour conséquence ce fait, qu'aujourd'hui l'avortement est devenu si fréquent, qu'il échappe, *nolens-volens*, à la répression. Et pourquoi la maintenir puisque, dans presque tous les cas, c'est une raison d'ordre supérieur qui ordonne, indique ou provoque la commission du fait ?

La société n'a rien gagné par le fœtus, qui n'est pas encore sorti du corps de la mère. En supprimant donc celui-là, on ne peut pas affirmer qu'elle (la société) aurait perdu un de ses membres, qui ne l'était pas encore. Mais, d'autre part, il est évidemment dans l'intérêt de la femme de se débarrasser d'un élément indésirable. On ne peut même pas dire que la femme commet un acte criminel : l'amour maternel est trop fort pour qu'une femme puisse, à la légère, sans raison prépondérante, renoncer à son enfant avant qu'il fût mis en vie.

Il ne faut pas oublier enfin que permettre l'avortement, c'est prévenir, de l'autre côté, un grand nombre d'infanticides. Or, s'il faut choisir entre les deux faits, il est certain que l'infanticide est une atteinte beau-

coup plus grave à la société et à l'enfant même, que l'avortement.

Les mœurs sont arrivées aujourd'hui à un point où l'abolition de l'incrimination de l'avortement pourra être sérieusement envisagée.

Il y a tout d'abord un point où l'illégalité, l'illicéité de l'avortement paraît être absolument exclue : c'est le cas de l'avortement *indiqué*, ce que les Allemands appellent « indizierte Perforation », lorsque la suppression du fœtus est nécessaire pour sauver la vie de la mère. Nulle part, la loi ne s'en occupe. Il est donc difficile de trouver une base juridique à ce fait, vu que la législation positive française s'en désintéresse complètement. Peut-on dire qu'il y a permission de la loi ? Peut-on affirmer qu'il y a nécessité ? On ne peut pas dire qu'il y a défaut d'intention criminelle, puisque dans notre système, ce qu'on entendrait ici sous « intention », n'est que le mobile, dont la loi ne tient pas compte. Si l'on accepte qu'il y ait état de nécessité, est-ce une justification pour la femme seulement, ou est-ce également pour le médecin ?

Il n'y a que de rares Codes, comme celui de la Nouvelle-Zélande, de 1893, qui aient des dispositions légales générales sur le droit d'opération médicale. L'article 60 de ce Code préserve des poursuites pénales « celui qui exécute, au profit de quelqu'un, sur celui-ci, une opération idoine à la situation et à l'état du patient, avec le soin exigible et l'adresse nécessaire ». Mais cet article ne prévoit que l'opération faite sur une personne dans son propre intérêt, donc il ne couvre pas la suppression de l'embryon au profit de la mère, à moins qu'on ne le considère comme *pars mulieris*.

Si, d'autre part, on envisage le fait comme un état de nécessité, plusieurs questions se posent : est-ce qu'il y aura état de nécessité même dans le cas où il existe un danger de maladie grave, ou seulement lorsqu'il y a danger de vie ? Même s'il existe d'autres moyens pour éviter le danger, ou seulement si l'avortement est l'unique issue ? Même si la suppression est commise par un tiers quelconque, ou seulement en cas d'opération médicale ?

Enfin, la proportionnalité entre le bien sacrifié et le bien sauvegardé — sans quoi l'état de nécessité ne peut être constitué — serait extrêmement difficile à établir.

Ainsi, la légalité de l'avortement pratiqué dans ce cas devrait être posée par un texte spécial de loi, même là, et surtout là, où l'avortement est puni dans les autres cas.

Au point de vue législatif, plusieurs Codes ont cru nécessaire de le faire. Ainsi, le cas est prévu déjà dans quelques Codes particuliers des Etats allemands, dès la fin du xix^e siècle. De même, le Code mexicain (1871), art. 170, permet l'avortement en cas de danger de vie. Il est admis même, pour éviter un grand mal (lésions ou maladies graves) par Genève (1874), New-York (1881). Le Code de Colombie (1890) cesse de réprimer lorsque l'avortement est nécessaire au point de vue médical. D'ailleurs, la plupart de ces textes accordent l'impunité de l'avortement pratiqué dans les conditions indiquées, même sans le consentement de la femme. Comme exemples plus récents, nous trouvons l'impunité, en cas de danger, dans le projet de Code suisse, art. 107 (pourvu qu'il s'agisse d'éviter la mort

ou un grave dérangement de la santé de la femme) ; projet allemand, art. 254 ; Code argentin, art. 86.

*
* *

Passons à la question de législation générale. Dans les grandes lignes, on peut constater que la répression, légère et variable anciennement, est générale jusqu'à la grande guerre. Depuis 1920 surtout, le mouvement abolitionniste de l'incrimination se dessine même en législation.

Et d'abord l'histoire. Le droit romain ancien laisse la répression — qui devient par là-même arbitraire — au soin des censeurs ou du père de famille. Ce n'est que Septime Sévère qui mit fin à cette pratique, très répandue, qui finit par menacer de la destruction la vie familiale, ayant incriminé, en 205 ap. J.-Chr., l'avortement. N'empêche que les juristes romains considéraient, en théorie, le fœtus comme *pars mulieris* (1). Ce n'est pas comme meurtre du fruit, mais comme offense vis-à-vis du mari, que l'avortement fut réprouvé, et, plus tard, puni. — En Grèce antique, l'avortement était d'usage courant ; il y fut admis par la pratique, et même par la morale. Les philosophes mêmes ne la condamnent pas, et la loi s'en désintéresse. Il n'y a que Hippocrate qui fasse une distinction entre le *fœtus animé* et celui qui ne l'est pas encore, et cela, pour blâmer l'avortement dans le premier cas.

Plus tard, le droit canonique encore, s'appuyant

(1) V. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 497,

sur la Bible, ne condamne que la suppression du fœtus animé, de l'embryon « vivant », donc, l'avortement commis après la 8^o-10^e semaine de grossesse.

Le droit germanique du moyen âge suit les mêmes idées. Puis, la Caroline (CXXXIII) incrimine « celui qui fait avorter l'enfant *vivant* d'une femme ». La distinction s'y retrouve donc. Si l'enfant « n'est pas encore vivant », la question sera résolue arbitrairement. Cette différence entre le fœtus animé et inanimé est prise en considération jusqu'au XVIII^e siècle. Depuis ce temps, elle commence à être rejetée, et c'est une répression générale de l'avortement qui y succédera. A part les exceptions dont nous avons parlé, à l'occasion des avortements faits pour sauver la mère, presque tous les pays civilisés incriminent aujourd'hui le fait de faire avorter une femme, ou la suppression commise par celle-ci. (Il n'y a que certaines contrées d'Amérique, d'Afrique ou d'Asie, où l'avortement soit libre.) On peut citer notamment les dispositions des Codes français (art. 317), allemand (art. 218-220), projet allemand (!) (art. 253), Codes italien (art. 545-551), espagnol (art. 525-529), hongrois (art. 285-286), autrichien (art. 144), roumain (art. 245-246), ture (art. 468-470) ; Common law anglais (miscarriage), Codes de Canada (art. 303-306), de Dakota (art. 342-343), japonais (art. 212-215), chinois (art. 304-308), etc., etc.

Malgré cette répression universelle, remontant à plus d'un siècle, on commence, nous l'avons vu, à douter de la raison d'être, du bien-fondé de cette incrimination. Les causes que nous avons examinées combattent trop fortement en faveur de la non incrimination. La

conséquence des idées morales et sociales exposées par les adversaires de la répression, était un revirement dans le mouvement législatif moderne ; la loi doit céder aux nécessités sociales, autrement elle succombe. Et c'est pourquoi, si nous examinons l'état récent du problème, nous voyons, dans les nouveaux Codes ou projets, une tendance nette, sinon à exclure complètement l'avortement du nombre des délits, tout au moins à le laisser impuni dans la plupart des cas.

Le premier pas a été fait par la législation révolutionnaire de la Russie soviétique qui, dans son Code de 1922, a aboli la répression de l'avortement. « Tant que l'Etat ne peut pas assumer la charge de pourvoir suffisamment à tous les enfants, la femme n'a pas à supporter une responsabilité pénale. » Le fondement de la non répression, c'est donc un point de vue collectif, et non individualiste ; il découle du devoir de la collectivité d'entretenir ses membres, et non du principe de la libre disposition sur le corps.

Le fait cesse donc désormais d'être considéré comme criminel ; au contraire, c'est une mesure de prévention, d'hygiène. La liberté de l'avortement a eu des résultats satisfaisants. D'une part, contrairement à ce qui a été soutenu, le libre exercice de l'avortement n'a pas entraîné un mouvement de dénatalité : les statistiques de l'augmentation de la population en Russie en sont la démonstration irréfutable. De l'autre côté, l'avortement n'étant plus un acte coupable, honteux, sujet à poursuite, il est procuré dans des circonstances hygiéniques beaucoup plus favorables que dans tout autre pays de l'Europe ou de l'Amérique. Le nom-

bre des avortements est certainement grand en Russie (et la cause, dans la majorité des cas (80 % à peu près) en est l'insuffisance des moyens d'existence), mais on peut soutenir qu'il dépasse relativement de peu celui des avortements commis (clandestinement, bien entendu) en France ou en Allemagne.

De plus (c'est une conséquence remarquable), la liberté de l'avortement a provoqué une baisse importante de la mortalité par infection puerpérale (dans les années 1922-1925, pour Léninegrad seulement, il y a une baisse de 2 %, par exemple) (1). Et on peut aussi remarquer une diminution de la mortalité infantile.

Selon le nouveau Code soviétique du 1^{er} janvier 1927, les conditions de l'avortement sont plus rigoureuses ; il est puni — légèrement — lorsqu'il est procuré après le troisième mois de la gestation (c'est en quelque sorte un retour à la conception ancienne, à la distinction faite entre le fœtus animé et celui qui ne l'est pas encore). De plus, la loi cherche à encourager l'exécution de l'opération par des milieux compétents, où elle est faite gratuitement, et à empêcher les avortements pratiqués en secret, par des tiers ou par la mère seule.

Inutile de dire que celui procuré contre la volonté ou sans le consentement de la femme, reste incriminé (art. 146). Encore peut-on remarquer que, dans le cas où l'avortement doit avoir lieu sur la personne d'une femme légalement mariée, le consentement du mari, père de l'enfant, est généralement requis.

(1) Statistique du D^r Pajevsky, rapp. *Monatschrift*, 1928, p. 293.

Ce premier exemple — on dit que c'est le début qui est le plus difficile — fut suivi par plusieurs législations.

Voici d'abord le Code pénal assez récent — mars 1929 — de l'Esthonie, qui envisage également d'une façon très libérale l'avortement. Celui-ci est réglementé dans le chapitre « Des délits contre la santé publique », et il est simplement qualifié d'*interruption de la grossesse*. Toute idée d'homicide est donc mise de côté. Après de grandes discussions, une solution ancienne, reproduite dans le Code russe de 1927, fut adoptée : l'avortement reste impuni lorsqu'il est commis par la femme ou (de son consentement) par un tiers possédant une instruction médicale, pendant les trois premiers mois de la grossesse. Mais la femme qui avorte même après le troisième mois, n'est punie que d'un emprisonnement de 6 mois au maximum. Au contraire, on incrimine l'avortement commis par un tiers sans instruction médicale, ou en l'absence du consentement de la femme. C'est donc l'impunité presque complète de l'avortement.

En ce qui touche la Pologne, le nouveau Code pénal du 1^{er} septembre 1932 garde l'incrimination, mais il reconnaît comme faits justificatifs non seulement les indices médicaux (danger de vie pour la femme), mais encore des indices juridiques (le viol, par exemple) (Cf. art. 233). C'est donc laisser une large place à l'impunité.

Ensuite voici le nouveau Code du Danemark, de 1930, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1933. Le Code n'élimine pas radicalement la répression de l'avortement, mais les idées nouvelles y ont pénétré. Le délit est puni d'un emprisonnement de deux ans au

maximum, mais la peine peut être levée, en présence de circonstances atténuantes, par le juge. La tentative non réussie reste naturellement impunie. La poursuite ne peut être exercée que dans le délai d'un an. Cette disposition est fondée sur la double raison que, d'une part, le gain éventuel de la société résultant de la répression ne serait pas, après ce délai, en proportion avec le dommage qu'elle causerait à la femme en ce qui concerne sa situation morale ; que, d'autre part, une pareille courte prescription permettra aux personnes compétentes (médecins, chirurgiens) d'intervenir.

La commission de réforme a proposé, de plus, en ce qui concerne la femme, de limiter la répression au cas où la femme aurait remarqué des signes certains de la grossesse. Elle s'est donc ralliée à la conception de la distinction des phases de développement du fœtus ; ce n'est qu'après que la mère aurait senti *la vie* dans son corps, qu'une répression quelconque aurait dû être prévue. Mais le Code n'a pas accepté cette façon de voir : elle conduirait, a-t-on dit, à l'arbitraire, car la preuve est difficile à rapporter. Le trait essentiel du Code est donc la disposition, en vertu de laquelle les circonstances atténuantes peuvent complètement *exclure* la répression (1).

En ce qui concerne la réforme pénale en Tchécoslovaquie, nous trouvons les propositions du « Juristentag » (Commission de juristes) de mai 1925 (que suivit le projet de 1926) rapportées dans la revue *Ostrecht* de 1926. Ce Juristentag a exprimé l'espoir que le prochain Code pénal de la République tchécoslovaque, tout en

(1) *Monatschrift f. Kriminalpsychologie*, année 1928, p. 595.

maintenant l'incrimination de l'avortement, comprendra une disposition qui exclura, dans des cas prévus, sa punissabilité ; cas dans lesquels la répression serait contraire aux règles de la médecine ou aux desiderata d'une intelligente politique sociale et criminelle, pour des raisons hygiéniques, sociales ou eugéniques. L'avortement a ses racines, pour la plus grande partie, dans des facteurs sociaux ; il faut donc y parer non seulement à l'aide des peines, mais encore par des réglementations sociales. En conséquence, l'article 286 du projet dispose : « La suppression du fœtus, faite par un médecin, du consentement de la femme, n'est punissable : 1^o si elle est faite dans le but d'éviter le danger de mort ou de grave atteinte à la santé de la femme enceinte ; 2^o s'il est indiscutable que la grossesse est la conséquence d'un viol ou d'un abus punissable d'une fille au-dessous de 16 ans ; 3^o s'il y a une crainte fondée que l'enfant à naître fût lourdement chargé au point de vue corporel ou intellectuel ; 4^o si la femme enceinte a déjà trois enfants propres, qu'elle doit entretenir, ou si elle a déjà accouché au moins cinq fois, et si, dans les deux cas, eu égard à sa situation, la mise au monde du fruit ne lui peut équitablement pas être demandée. Si la femme enceinte est aliénée ou faible d'esprit, le consentement de son représentant légal est nécessaire. »

Le projet ne veut donc pas l'abolition de la répression ; mais, ainsi comprise, celle-ci sera mise de côté presque toutes les fois que l'intention criminelle fera défaut. Et, il faut l'avouer, elle manque dans la plupart des cas.

Et cette tendance se manifeste partout.

En Yougoslavie, par exemple, une campagne assez vive est menée en faveur de l'abolition. Plusieurs articles ont paru en ce sens ; et des médecins et juristes réclament l'impunité tant au point de vue historique — l'antiquité, le moyen âge ne punissait pas l'avortement — qu'au point de vue pratique. La répression est basée sur des considérations de politique de population, qui aujourd'hui ne paraissent plus nécessaires, et ce n'est que pour assurer plus de respect à la loi, qu'on met à la base de la condamnation de l'avortement l'idée qu'il est contraire à l'ordre ou aux mœurs. D'ailleurs, on n'atteindra que les pauvres, dit-on ; les riches sauront toujours dissimuler leurs pratiques avortives.

Il faut pourtant remarquer que le nouveau Code de 1929, en dépit de ces opinions, réprime l'avortement même procuré par la femme. Mais une distinction est faite, selon que la mère est légitime ou naturelle ; dans ce dernier cas, le juge peut, dans des « cas légers », acquitter la femme avortante (art. 171, al. 2).

En outre, un mouvement semblable s'esquisse en Angleterre. Nous citons un article du journal *L'Œuvre* du 5 novembre 1932 : « Le 3 novembre a eu lieu à Londres un meeting historique : le premier en faveur de « l'abolition des lois contre l'avortement, organisé par « la branche anglaise de la Ligue mondiale pour la « Réforme sexuelle, dans le grand amphithéâtre de « la London School of Hygiene. La séance fut ouverte « par le Dr Normain Haire, qui dit que, depuis 10 ans, « l'opinion a fortement évolué dans la plupart des « pays européens, et que cette évolution se remarquait « aussi en Angleterre, où une grande partie de la

« population trouve le moment venu d'apporter
« certains changements ou d'abolir même les lois
« concernant l'avortement. Nous considérons l'avor-
« tement comme un fléau, dit le Dr Haire, et nous
« pensons qu'il faut l'éviter, si possible ; les méthodes
« de la prévention sont bien préférables. Mais il y a
« toujours des cas où la maternité a été imposée à la
« femme, et où son avenir et celui de son enfant sont
« menacés de désastres sociaux, économiques ou
« physiques. Dans ces cas-là, l'avortement devrait
« être possible.

« Il a été décidé, finit l'article, de travailler dans les
« couloirs du Parlement pendant quelque temps avant
« de faire une proposition d'amendement. Le meeting,
« auquel ont pris part environ 300 personnes, dont les
« représentants de la médecine, du clergé (!) et du bar-
« reau, a eu un plein succès. »

En Allemagne aussi, l'opinion publique est contraire à la répression de l'« Abtreibung », qui y est d'une grande fréquence (1), conséquence de la misère et de la crise du travail que ce pays traverse depuis la guerre. Deux projets furent déjà déposés au Reichstag : le premier en 1920, demandant l'abolition de toute répression de l'avortement volontaire ; le second quelques années plus tard, proposant l'impunité pendant les trois premiers mois, pour la femme ou un médecin régulièrement diplômé.

En présence de ces faits, on peut espérer que bien-

(1) D'après Liepmann, env. 1.000.000 par an ; d'autres admettent 600 à 700.000 cas (*Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft*).

tôt des mesures légales plus appropriées se substitueront à la répression.

Nous sommes certainement d'accord avec tous, en disant que l'avortement est un mal qu'il est désirable d'éviter. Mais éviter ne veut pas dire réprimer. Trop souvent, la poursuite aura pour effet d'aggraver de compliquer, d'étendre ce mal. Il faut permettre l'avortement, toutes les fois qu'une raison sérieuse le demande. Il faut laisser la mère seule juge du fait, si elle peut ou non élever en état de santé physique et morale son enfant à venir, si elle peut ou non supporter cette charge.

La loi pénale ne doit intervenir que là où une action délictuelle est commise ; et la société actuelle est assez avancée, pour ne plus en voir une dans l'avortement.

CONCLUSIONS

Ayant ainsi passé au crible les dispositions du Code pénal, contenues dans sa partie relative aux crimes et délits contre les personnes, nous sommes arrivés à constater ses défauts, à mettre en relief ses tares. Nous avons examiné les délits, pour lesquels l'absence d'incrimination nous semble être une lacune du Code ; nous avons étudié ceux qui, bien que n'y figurant pas, ne méritent point, à notre avis, d'y être insérés. Nous avons passé en revue les incriminations, et établi, ce que le législateur y a négligé ; enfin, nous avons critiqué, dans leur conception même, certains délits prévus par la loi française.

La conclusion qu'on peut en tirer, c'est que le Code pénal de 1810, après une existence centenaire, est aujourd'hui bien suranné. Le droit pénal se renouvelle sans cesse, et l'on ne peut pas se conformer à une législation vieille qui ne répond plus aux besoins actuels, quels que soient son prestige et sa valeur. Jadis, le Code français fut le premier, tant au point de vue de sa date, qu'à celui de sa rédaction, de son esprit juridique ; aujourd'hui, il est parmi les derniers, aux deux points de vue.

L'urgence de la réforme se fait sentir. Toute cette étude n'est qu'un exemple pour illustrer cet état de fait.

Nous voulons espérer que la révision du Code, qui est en train d'être réalisée, corrigera utilement et judicieusement ce que nous avons appelé les imperfections du Code actuel. Et que la France, tout comme les autres pays, pourra faire face, sans honte, à ce jugement du grand savant de Ihering : « *Le droit pénal d'un pays est le thermomètre de sa susceptibilité, et par là-même de la valeur qu'il attache à ses institutions* (1).

(1) R. v. Ihering, *Der Kampf um's Recht*, 1873, p. 54.

Vu :

Le Président de la thèse,
L. HUGUENEY.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,
H. BERTHELEMY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX

- DEHAYE (A.). — *La loi du blasphème en Angleterre*. Paris, 1884.
- DONNEDIEU DE VABRES. — *La justice pénale d'aujourd'hui*. Paris, 1928.
- *Cours de droit pénal spécial*. Paris, 1931-32.
- DU BOYS (A.). — *Histoire du droit criminel (Peuples anciens)*. Paris, 1853.
- DURCKHEIM. — *Le suicide*. Paris, 1897.
- FIOUX. — *La contamination intersexuelle*. Paris, 1907.
- GAND (M.). — *Du délit de commission par omission*. Thèse Paris, 1900.
- GARÇON (E.). — *Le droit pénal*. Paris, 1922.
- GARRAUD (R.). — *Traité théorique et pratique de droit pénal français* (3^e édit.). Paris, 1920-24.
- GOYET (F.). — *Précis de droit pénal spécial*. Paris, 1930.
- HAUS. — *Principes de droit pénal belge*. Paris, 1879.
- HUGUES (P.). — *Le duel et sa répression en France*. Paris, 1905.
- HUGUENY (L.). — *Cours de droit criminel*. Paris, 1929-30.
- IHERING (R. v.). — *Der Kampf um's Recht*. Wien, 1873.
- KLEY und SCHEICKERT. — *Verbrecherkunde und Strafrecht*. Lübeck, 1929.
- KOHLER (J.). — *Die Carolina und ihre Vorgängerinnen*. Halle a. S., 1900.
- LISZT (F. v.). — *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Berlin, 1927.
- LISZT-LOBSTEIN (R.). — *Traité de droit pénal allemand*. Paris, 1913.
- LÖWENSTEIN (E.). — *Die Bekämpfung des Konkubinales in der Rechtsentwicklung*. Breslau, 1919.
- MUYART DE VOUGLANS. — *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*. Paris, 1780.
- NAST (A.). — *La loi et l'avortement*. Paris, 1912.

- PELLA (V.). — *Delicte ingaduite*. Bucuresti, 1919.
- RAITER. — *De l'avortement criminel*. Thèse Paris, 1925.
- Recht des Sowietrusslands (Das)*. Edit. Mohr, Tübingen, 1925.
- ROCCO (A.). — *Lavori preparatori del Codice penale*. Roma, 1929.
- ROUX. — *Cours de droit criminel français*. Paris, 1927.
- SAUTTER (R.). — *Etude sur le crime d'empoisonnement*. Thèse Paris, 1896.
- STEPHEN. — *A digest of the criminal law*. London, 1926.
- *Commentaries of the Empire Laws*. Vol. IV. Criminal Law. London, 1928.
- TARDE (G.). — *La criminalité comparée*. Paris, 1886.
- TSCHELZOFF-BEBUTOW. — *Entwicklung des Straf - und Strafprozessrechts der Sowietunion*. Berlin, 1926.
- Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*. Berlin, 1906-10.
- Vie juridique des peuples (La)*. II. *La Tchécoslovaquie*. Paris, 1932.

II. — TEXTES LÉGISLATIFS

- ALLEMAGNE : *Alsberg, Strafgesetzbuch* (Comparaison synoptique du Code et du projet allemands). Mannheim, 1926.
- Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs, nebst Begründung*. Berlin, 1927.
- Idem* (projet antérieur), 1925.
- Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* (1870). Berlin, 1903.
- AUTRICHE : *Allgemeines österreichisches Strafgesetzbuch* (1852). Wien, 1885.
- Entwurf eines allgemeinen österreichischen Strafgesetzbuchs*. Wien, 1912.
- CANADA : *Criminal Code of Canada*. Montreal, 1917.
- CHINE : *Code pénal chinois* (1928). Traduction française. Paris, 1929.
- DAKOTA (SOUTH) : *Codes of South-Dakota*. Pierre, 1903.
- ESPAGNE : *Code pénal espagnol* (1929). Traduction française. Paris, 1929.
- FRANCE : *Code pénal français* (1810), Carpentier. Paris, 1932.
- Projet de Code pénal de la Commission extraparlamentaire*. 1930-32.
- Code criminel et correctionnel ou Recueil chronologique...* Paris, 1805.
- HONGRIE : *Magyar anyagi büntetőtörvénykönyv* (1878). Budapest, 1901.

- ITALIE : *Codice penale* (1931). Milano, 1931.
JAPON : *Code pénal japonais* (1907). Traduction allemande. Berlin, 1907.
PORTUGAL : *Code pénal portugais* (1886). Traduction allemande. Berlin, 1890.
ROUMANIE : *Codul penal* (1865). Bucuresti, 1928.
SUISSE : *Projet de Code pénal fédéral suisse* (1918-1929). Berne, 1929.
TURQUIE : *Code pénal turc* (1926). Traduction française. Constantinople, 1927.
YUGOSLAVIE : *Code pénal* (en serbe, 1929). Beograd, 1930.

III. — PÉRIODIQUES

- Annales de la médecine légale*, Paris.
Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, Roma.
Annuaire de législation étrangère, Paris.
La Pologne, Paris.
Magyar jogi szemle, Budapest.
Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Heidelberg.
Revue internationale de droit pénal, Paris.
Revue pénitentiaire, Paris.
Revue trimestrielle de droit civil (1912. Article de P. Appleton, *L'abstention fautive*), Paris.
Revista de drept public, Bucuresti.
Rivista italiana di diritto penale, Padova.
Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. — *Revue pénale suisse*, Bern.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin.
Zeitschrift für Ostrecht, Berlin.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION	7
PREMIÈRE PARTIE. — Les crimes et délits non prévus par la loi française.	21
CHAPITRE PREMIER. — Crimes et délits contre la personne	23
1. Le suicide	23
2. Le duel.	31
3. Le rapt (l'enlèvement) de majeurs	38
4. L'esclavage.	41
5. La contrainte.	46
6. La contagion vénérienne	50
CHAPITRE II. — Crimes et délits contre la morale	56
1. L'inceste	56
2. Les relations antiphiysiologiques	61
3. Le concubinage.	69
4. Le blasphème.	75
DEUXIÈME PARTIE. — Les lacunes proprement dites du Code Pénal.	81
<i>Les insuffisances de dispositions.</i>	<i>82</i>
1. L'homicide (et ses espèces)	82
2. Les menaces	92
3. Les coups et blessures	97
4. L'avortement	106
5. Les attentats aux mœurs.	108
6. Crimes et délits contre la famille.	118
7. Crimes et délits contre l'honneur.	126
TROISIÈME PARTIE. — Des incriminations critiquables.	135
1. L'empoisonnement	135
2. L'avortement.	140
CONCLUSION.	163
BIBLIOGRAPHIE.	165

